

Ringraziamenti

La redazione di questa tesi di dottorato, contestualmente ad un pieno impegno lavorativo, ha certo comportato alcuni sacrifici, in termini di tempo ed energie da dedicare ad altre attività, alla famiglia ed agli amici. Sacrifici che tuttavia sono stati pienamente ricompensati dalla soddisfazione e dall'arricchimento quale giurista che l'elaborazione di questo lavoro ha implicato.

La stesura di una tesi di dottorato è un'esperienza prettamente solitaria. Essa ha però riservato pure preziosi momenti di confronto e discussione giuridica, in particolare con il mio "Doktorvater", Prof. Dr. Francesco Trezzini, LL.M., che ringrazio infinitamente per il sostegno, per il tempo dedicatomi e per gli spunti di riflessione sempre interessanti ed innovativi. Spunti che mi hanno permesso una visione della procedura civile assai più ampia e sfaccettata, anche grazie alla sua profonda esperienza di applicazione pratica della legge, maturata in anni di pretura.

Tengo pure a ringraziare molto il † Prof. Dr. Stephen V. Berti, che ha seguito questo lavoro nelle sue fasi di abbrivio e mi ha dato l'incoraggiamento iniziale per lanciarmi in questa sfida. Parimenti, un sentito ringraziamento va all'amica avv. Francesca Ranzanici Ciresa, assistente scientifica all'Università di Lucerna, per il sostegno e la disponibilità garantiti nel corso della redazione di questa tesi, nonché al Prof. Dr. Michel Heinzmann, che ha accettato di fungere da secondo referente e alla Prof. Dr. Martina Caroni, LL.M., che ha presieduto il collegio dottorale.

Non da ultimo, un grande ringraziamento lo rivolgo alla mia famiglia, la quale mi ha sempre sostenuto nel corso degli studi giuridici, culminati con la stesura di questa tesi di dottorato, così come a Natalie, per la pazienza dimostrata ed il prezioso aiuto nella fase di rilettura del presente lavoro.

Mendrisio, 31 gennaio 2017

Sommario

Sommario	VII
Tavola delle materie	IX
Indice bibliografico	XXI
Indice dei materiali.....	XLIII
Indice delle abbreviazioni	XLV
Indice delle illustrazioni	LIII
Introduzione	1
Capitolo 1:	
Cenni generali sull'assunzione di prove a titolo cautelare	3
Capitolo 2:	
Condizioni di applicazione dell'art. 158 CPC.....	33
Capitolo 3:	
Relazione con altri strumenti di diritto materiale e processuale	85
Capitolo 4:	
Aspetti procedurali	101
Capitolo 5:	
Mezzi di prova e modalità di assunzione	149
Capitolo 6:	
Ripartizione delle spese giudiziarie.....	183
Capitolo 7:	
Natura della decisione e mezzi di impugnazione	213
Capitolo 8:	
Significato dei mezzi di prova nel processo di merito	245
Conclusioni	265
Indice per voce	269

Tavola delle materie

Tavola delle materie.....	IX
Indice bibliografico	XXI
Indice dei materiali.....	XLIII
Indice delle abbreviazioni	XLV
Indice delle illustrazioni.....	LIII
Introduzione.....	1
Capitolo 1:	
Cenni generali sull'assunzione di prove a titolo cautelare	3
I. Definizione e scopo	3
1. Assunzione delle prove nel procedimento civile.....	3
A) In generale.....	3
B) Possibilità di assunzione anticipata di mezzi di prova	4
2. Assunzione di prove a titolo cautelare.....	5
A) In generale.....	5
B) Denominazione.....	6
C) Scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare	7
a) Amministrazione di mezzi di prova esposti a pericolo	8
b) Valutazione delle probabilità di successo e riduzione dei procedimenti inutili	9
c) Esortazione alla conclusione di accordi transattivi e semplificazione del processo.....	10
II. Distinzioni	12
1. L' <i>Amtlicher Befund</i>	13
2. Il rapporto del perito comunale degli immobili locativi.....	14
3. Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare.....	14
III. Evoluzione storica	16
1. In generale.....	16
2. Situazione secondo i diversi codici di rito cantonali	16
A) In caso di rischio di perdita del mezzo di prova	16

B)	In assenza di rischio di perdita del mezzo di prova.....	17
3.	La prova a futura memoria nel CPC/TI.....	18
IV.	Breve analisi di diritto comparato	20
1.	Diritto italiano	21
2.	Diritto francese.....	22
3.	Diritto tedesco	24
4.	Diritto austriaco.....	25
5.	<i>Pre-trial discovery</i> e <i>disclosure-duties</i> del diritto anglosassone	27
6.	Analisi comparativa.....	28
V.	Introduzione nel CPC	29
1.	Lavori preparatori.....	30
A)	Avamprogetto della commissione peritale	30
B)	Procedura di consultazione.....	30
2.	Messaggio del Consiglio federale e testo approvato	31
Capitolo 2:		
Condizioni di applicazione dell'art. 158 CPC.....		33
I.	Momento di introduzione della domanda.....	33
1.	In generale.....	33
2.	Interesse degno di protezione e pendenza della causa principale....	35
A)	Ammissibilità	35
B)	Impatto sull'oggetto litigioso	36
II.	Autorizzazione della legge	38
1.	Distinzione con i processi informativi del diritto materiale	38
2.	Ambito applicativo	39
A)	Le norme specifiche in materia di contratto di compravendita	39
a)	Art. 204 cpv. 2 CO	39
b)	Art. 202 CO.....	39
B)	Le norme specifiche in materia di contratto di lavoro.....	40
C)	Le norme specifiche in materia di contratto di commissione..	41
D)	Le norme specifiche in materia di contratto di trasporto.....	41

a)	Art. 445 cpv. 1 CO	41
b)	Art. 453 cpv. 1 CO	42
E)	Le norme specifiche in materia di diritto societario	42
a)	Artt. 697a - 697g CO.....	42
b)	Art. 600 cpv. 3 CO	42
F)	Le norme specifiche in materia di proprietà intellettuale	43
a)	Misure cautelari in materia di proprietà intellettuale	43
b)	La descrizione esatta della LBI	44
3.	La perizia in caso di difetti dell'opera nel contratto di appalto	44
A)	In generale	44
B)	Valore probatorio	45
C)	Ampiezza e tematica probatoria	46
D)	Applicazione in pendenza della causa di merito	47
4.	Estensione applicativa su base contrattuale?	47
III.	Esposizione a pericolo dei mezzi di prova	48
1.	Rischio di scomparsa o modificazione del mezzo di prova e/o dello stato di fatto oggetto di prova	49
A)	Scomparsa o modificazione del mezzo di prova	49
B)	Modificazione dello stato di fatto oggetto di prova.....	50
C)	Il caso particolare dell'assottigliamento del capitale di ricordi del testimone.....	51
D)	Causa della sparizione o modificazione della prova	51
2.	Rischio di difficoltà nella successiva assunzione	52
3.	Condizioni ulteriori?	53
A)	Pertinenza del mezzo di prova.....	53
a)	Prima della pendenza della causa di merito	53
b)	Durante la pendenza della causa di merito	54
B)	Imminenza di un processo di merito	54
4.	Ampiezza e tematica dell'assunzione probatoria	55
IV.	Sussistenza di un interesse degno di protezione.....	55
1.	Interesse degno di protezione	56

A)	Valutazione delle possibilità di esito favorevole di un futuro processo	57
a)	In generale.....	57
b)	In presenza di altri mezzi di prova	58
aa)	Certificati medici.....	58
bb)	Perizia di parte	61
cc)	Perizia esperita in altra procedura	61
dd)	Riassunzione di prove già amministrare.....	62
aaa)	Riflessioni generali	62
bbb)	Riassunzione della prova testimoniale	63
ccc)	Distinzioni.....	65
B)	Riduzione dei procedimenti inutili e semplificazione del processo principale.....	65
a)	In generale.....	65
b)	Estensione alla semplificazione del processo principale?.....	67
C)	Interesse degno di protezione e difesa da una pretesa di merito	69
a)	In generale.....	69
b)	Assunzione di una controprova	71
2.	Riferimento ad una pretesa di diritto materiale	71
3.	Onere di allegazione dell'istante	73
4.	Pertinenza del mezzo di prova richiesto	76
5.	Ampiezza e tematica dell'assunzione probatoria	76
V.	Grado probatorio richiesto.....	78
1.	In generale.....	78
2.	Concetto di verosimiglianza	78
VI.	Altre condizioni?	79
1.	<i>Fumus boni iuris</i> della pretesa di merito	80
2.	Incertezza sull'inoltro della causa di merito.....	81
VII.	Divieto dell' <i>Ausforschungsbeweis</i>	82

Capitolo 3:**Relazione con altri strumenti di diritto materiale e processuale 85**

I.	Riflessioni generali.....	85
II.	Relazione con il diritto alla prova	86
	1. Diritto alla prova	86
	2. Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare.....	86
III.	Relazione con gli strumenti informativi di diritto materiale	88
	1. Strumenti informativi concessi dal diritto materiale	88
	2. Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare.....	88
	3. Assunzione di prove a titolo cautelare funzionale ad un processo informativo?	90
IV.	Rapporto con altri strumenti concessi dal CPC.....	91
	1. In generale.....	91
	2. Rapporto con l'azione parziale.....	92
	A) Azione parziale.....	92
	B) Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare.....	93
	3. Rapporto con l'azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso.....	94
	A) Azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso...	94
	B) Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare.....	94
	4. Rapporto con i provvedimenti cautelari	95
	5. Rapporto con altri strumenti di semplificazione del processo.....	97
V.	Rapporto con la perizia di un arbitratore.....	97
	1. Perizia di un arbitratore	98
	2. Relazione e differenze rispetto all'assunzione di prove a titolo cautelare	99

Capitolo 4:**Aspetti procedurali..... 101**

I.	Applicazione delle norme sui provvedimenti cautelari	101
II.	Competenza territoriale	102
	1. In diritto interno	102

2.	In caso di aspetti internazionali	104
A)	Applicazione della LDIP	104
B)	Applicazione della Convenzione di Lugano.....	106
a)	In generale.....	106
b)	Provvedimenti superprovvisori e effetto extraterritoriale	109
III.	Competenza materiale	111
IV.	Competenza in caso di patto d'arbitrato	111
1.	In diritto interno	112
2.	In applicazione della LDIP.....	112
V.	Valore litigioso	113
1.	In generale.....	113
2.	In caso di allegazioni insufficienti.....	114
3.	Impatto sulle spese processuali	115
VI.	Applicazione della procedura sommaria	118
1.	Forma e contenuto della domanda.....	118
2.	Cumulo di azioni	119
3.	Presenza di posizione della parte convenuta.....	121
A)	Osservazioni scritte della parte convenuta	122
a)	In generale.....	122
b)	Forma e contenuto delle osservazioni	123
B)	Citazione ad un'udienza di discussione.....	124
C)	Possibilità di formulare una domanda riconvenzionale?.....	124
a)	Contro istanza.....	125
aa)	Proponibilità.....	125
bb)	Interesse degno di protezione del convenuto	126
b)	Domanda riconvenzionale.....	128
D)	Eccezione di compensazione.....	130
4.	Coinvolgimento di terzi nella procedura	130
A)	Intervento adesivo	130
B)	Semplice denuncia di lite	131

5.	Mezzi di prova ammissibili per la dimostrazione dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC	132	
6.	Accertamento dei fatti, vincolatività delle conclusioni delle parti e applicazione d'ufficio del diritto	133	
	A) Massima attitatoria	133	
	B) Massima dispositiva	134	
	C) <i>Iura novit curia</i>	136	
VII.	Possibilità di ordinare provvedimenti superprovvisionali.....	138	
	1. In generale.....	138	
	2. Necessità di coinvolgimento successivo della controparte.....	140	
VIII.	Obbligo di convalida ex art. 263 CPC.....	141	
IX.	Possibilità di chiedere una garanzia ex art. 264 CPC	143	
X.	Effetti processuali e di diritto materiale	145	
	1. Effetto sulla litispendenza dell'azione.....	145	
	A) Riflessioni generali.....	145	
	B) Impatto sulla conclusione di una transazione.....	145	
	2. Interruzione dei termini di prescrizione e perenzione	147	
Capitolo 5:			
Mezzi di prova e modalità di assunzione.....			149
I.	In generale	149	
II.	Norme generali in materia di amministrazione delle prove	150	
	1. Partecipazione delle parti all'assunzione delle prove.....	150	
	2. Tutela d'interessi degni di protezione	152	
	A) In generale.....	152	
	B) In caso di provvedimenti superprovvisionali	153	
	3. Nessun apprezzamento delle prove	153	
	A) In generale.....	153	
	B) Apprezzamento anticipato delle prove	154	
	4. Obbligo di cooperazione e diritto di rifiutarsi di cooperare	155	
	A) In generale.....	155	
	B) Delle parti.....	156	

	a) In generale.....	156
	b) Mancata cooperazione nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare	157
	c) Analisi critica	158
	C) Dei terzi.....	160
	a) In generale.....	160
	b) Nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare	161
	D) Dei minori	162
III.	Mezzi di prova ammissibili e relativa amministrazione.....	163
	1. In generale.....	163
	2. Edizione di documenti.....	164
	A) In generale.....	164
	B) Obbligo per una parte di produrre documenti richiesti in edizione	164
	3. Audizione testimoniale.....	167
	A) In generale.....	167
	B) Onere di formulare le domande ai testimoni	167
	4. Interrogatorio e deposizione di una parte	168
	A) Ammissibilità	168
	B) Onere di formulare le domande.....	170
	5. Perizia giudiziaria.....	171
	A) In generale.....	171
	B) Distinzione dalla perizia di parte.....	172
	C) Perizia ordinaria o perizia sommaria?	173
	D) Onere di porre le domande al perito	175
	E) Completamento e delucidazione peritale.....	176
	a) Principio	176
	b) Decisione di completamento e/o delucidazione del referto	177
	F) Forma scritta vs forma orale.....	177

IV.	Assunzione di prove fuori cantone	178	
V.	Assunzione di prove all'estero	180	
Capitolo 6:			
Ripartizione delle spese giudiziarie			183
I.	Norme generali sulle spese giudiziarie.....	183	
	1. In generale.....	183	
	2. Principio di soccombenza.....	184	
	3. Ripartizione secondo equità e spese giudiziarie inutili	184	
	A) Ripartizione secondo equità	184	
	B) Spese giudiziarie inutili	185	
	4. Procedure gratuite	186	
II.	Anticipo delle spese processuali.....	186	
III.	Spese giudiziarie in caso di provvedimenti cautelari	187	
IV.	Spese processuali in caso di assunzione di prove a titolo cautelare	189	
	1. Regole generali.....	189	
	2. In caso di reiezione della domanda	190	
	3. In caso di accoglimento della domanda.....	191	
	A) Procedura indipendente precedente la causa di merito.....	191	
	a) Soluzione giurisprudenziale	191	
	b) Analisi critica	192	
	B) Procedura contestuale alla causa di merito.....	195	
V.	Spese ripetibili in caso di assunzione di prove a titolo cautelare	195	
	1. In caso di reiezione della domanda	196	
	2. In caso di accoglimento della domanda.....	196	
	A) Procedura indipendente precedente la causa di merito.....	196	
	a) Soluzione giurisprudenziale	196	
	b) Analisi critica	197	
	B) Procedura contestuale alla causa di merito.....	198	
	3. Cauzione per le spese ripetibili	198	
VI.	Schema riassuntivo.....	199	

VII. In caso di estensione da parte del convenuto del tema probatorio e di delucidazione/ completamento peritale.....	199
1. Semplici domande completeve	200
2. Tema probatorio esteso	200
3. Problematiche di distinzione tra domande completeve ed estensione del tema probatorio	201
4. Delucidazione e/o completamento peritale	202
VIII. Spese giudiziarie nella procedura ricorsuale	203
IX. Gratuito patrocinio	205
A) Soluzione giurisprudenziale	206
B) Analisi critica	207
C) Ambito applicativo	209

Capitolo 7:

Natura della decisione e mezzi di impugnazione	213
I. Natura della decisione	213
1. In generale	213
2. Procedura indipendente precedente la causa di merito.....	214
A) Soluzioni proposte.....	214
a) In caso di reiezione della domanda	214
b) In caso di accoglimento della domanda	215
B) Analisi critica	217
3. Procedura contestuale alla causa di merito.....	219
A) Soluzioni proposte.....	219
B) Analisi critica	220
II. Impugnazione in seconda istanza di una decisione di assunzione di prove a titolo cautelare.....	221
1. Procedura indipendente precedente la causa di merito.....	221
A) Soluzioni proposte.....	221
a) In caso di reiezione della domanda	221
b) In caso di accoglimento della domanda	222
B) Analisi critica	223

2.	Procedura contestuale alla causa di merito.....	224	
	A) Soluzioni proposte.....	224	
	B) Analisi critica	225	
3.	Latitudine d'intervento cautelare del giudice di secondo grado....	226	
III.	Impugnazione davanti al Tribunale federale di una decisione di assunzione di prove a titolo cautelare.....	229	
	1. Procedura indipendente precedente la causa di merito.....	229	
	A) Soluzioni proposte.....	230	
	a) In caso di reiezione della domanda	230	
	b) In caso di accoglimento della domanda	231	
	B) Analisi critica	233	
	2. Procedura contestuale alla causa di merito.....	235	
	A) Soluzioni proposte.....	235	
	B) Analisi critica	236	
	3. In caso di istanza cantonale o federale unica.....	236	
IV.	Impugnazione della decisione sulle spese giudiziarie	236	
	1. In generale.....	236	
	2. In seconda istanza.....	238	
	3. Davanti al Tribunale federale	238	
V.	Impugnazione delle altre decisioni emanate in corso di procedura, in particolare della decisione di delucidazione e/o completamento peritale	239	
	1. In generale.....	239	
	2. Decisione di delucidazione e/o completamento peritale	240	
VI.	Schema riassuntivo.....	241	
	1. Decisioni di prima istanza cantonale.....	241	
	2. Decisioni di un'istanza cantonale unica e del Tribunale federale dei brevetti.....	244	
Capitolo 8:			
Significato dei mezzi di prova nel processo di merito			245
I.	Riflessioni preliminari.....	245	
II.	Riassunzione dei mezzi di prova nella causa di merito.....	246	

1.	In caso di procedura anteriore alla causa di merito	246
2.	In caso di causa di merito già pendente.....	248
3.	In caso di mancato coinvolgimento della controparte	249
4.	Il caso particolare della perizia giudiziaria.....	250
	A) In generale	250
	B) In caso di perizia sommaria.....	253
III.	Impossibilità di riassunzione e relative conseguenze.....	253
	1. In caso di diritto di essere sentiti e di partecipare all'assunzione della prova cautelare garantito	254
	2. In caso di diritto di essere sentiti e di partecipare all'assunzione della prova cautelare non garantito.....	254
IV.	Completazione delle risultanze probatorie nella causa di merito	255
	1. In generale.....	255
	2. Estensione del tema probatorio	256
V.	Valutazione e apprezzamento delle prove assunte in via cautelare.....	257
	1. In generale.....	257
	2. Principio di libero apprezzamento delle prove	257
	3. Contraddittorietà tra risultanze probatorie cautelari e di merito....	258
	4. Mancata cooperazione della controparte in sede cautelare.....	260
	5. Il caso particolare della perizia giudiziaria.....	261
	A) Principi generali	261
	B) Specificità della perizia assunta in via cautelare	262
	Conclusioni.....	265
	Indice per voce	269

Indice bibliografico

ABBET STÉPHANE, Les décisions du tribunal de première instance en procédure civile suisse: typologie, procédures et voies de droits, in: ZWR 2012, pag. 351, 2012, (cit.: *Décisions*)

AHRENS HANS-JÜRGEN, in: ZPO: Grosskommentare der Praxis, Band 6 - §§ 355 - 510c, 4a ed., a cura di WIECZOREK BERNHARD e SCHÜTZE ROLF A., Berlino/Boston, 2014, (cit.: *ZPO*)

ARTER OLIVER / DAHORTSANG TENZIN, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 17. April 2012 i.s. Bank X. AG c. A. Y. und B. Y. (BGer 4A_688/2011), Beschwerde in Zivilsachen, Urteilbesprechung, in: AJP 2012, pagg. 1154 segg., 2012, (cit.: *4A_688/2011*)

BALZER CHRISTIAN, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess, Eine systematische Darstellung und Anleitung für die gerichtliche und anwaltliche Praxis, 3a ed., Berlino, 2011, (cit.: *Beweisaufnahme*)

BARRECA GIUSEPPINA LUCIANA, I procedimenti di istruzione preventiva dopo la riforma (artt. 692 - 699 cod. proc. civ.), Milano, 2009, (cit. *Provvedimenti di istruzione preventiva*)

BAUMANN WEY SABINE, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Zurigo, 2013, (cit.: *Unbezifferte Forderungsklage*)

BAUMANN WEY SABINE, Teilklage, unbezifferte Forderungsklage, Stufenklage - die Qual der Wahl?, in: HAVE 2014, Zurigo, 2014, (cit.: *Teilklage, unbezifferte Forderungsklage, Stufenklage*)

BECKER HERMANN, Berner Kommentar OR, Band VI/1, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Berna, 1945, (cit. *BK OR*)

BERGER BERNHARD / GÜNGERICH ANDREAS, Zivilprozessrecht: unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes, 2a ed., Berna, 2010, (cit.: *Zivilprozessrecht*)

BERGER BERNHARD / KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Berna, 2006, (cit.: *Schiedsgerichtsbarkeit*)

BERGER BERNHARD, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: GÜNGERICH ANDREAS (coord.), ALVAREZ CIPRIANO et al., Band I und II, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

BERGER-STEINER ISABELLE, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band I, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

- BERTI STEPHEN V., “Das” Rechtsmittel, in: HAVE 2012, Zurigo, 2012, (cit.: *Rechtsmittel*)
- BERTI STEPHEN V., Baustelle Zivilprozessrecht - ein Augenscheinbericht, in: Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurigo, 2004, (cit.: *Baustelle Zivilprozessrecht*)
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Basilea, 2011, (cit.: *Einführung*)
- BERTI STEPHEN V., in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)
- BERTI STEPHEN V., Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, in: RSPC/SZZP 2008, Heft 4, pag. 196, Basilea, 2008, (cit.: *Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand*)
- BERTI STEPHEN V., Riflessioni sul diritto non scritto nel processo civile, in: Il Codice di diritto processuale civile svizzero, CFPG: Atti della 46a giornata di studio dell’11 giugno 2010, pagg. 71 segg., 2010, (cit.: *Riflessioni*)
- BERTI STEPHEN V., Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozessrecht, in: ZSR 1997, Vol. II, Basilea, 1997, (cit.: *Vorsorgliche Massnahmen*)
- BERTI STEPHEN V., Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO der Schweizerischen Zivilprozessordnung (zugleich ein Beitrag zur Lehre der materiellen Rechtskraft), in: HAVE 2010, Zurigo, 2010, (cit.: *Teilklage*)
- BERTI STEPHEN V., Zürcher Kommentar OR, Art. 127 - 142 OR, Das Erlöschen der Obligation, Band V/1h, Zurigo, 2002, (cit.: *ZK OR*)
- BESSENICH BALTHASAR / BOPP LUKAS, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)
- BESSO CHIARA, La prova prima del processo, Torino, 2004, (cit.: *Prova prima del processo*)
- BIRRER ANTON, Die freie Beweiswürdigung, in: SJZ 73/1977, pag. 271, Zurigo, 1977, (cit.: *Freie Beweiswürdigung*)
- BOHNET FRANÇOIS, La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse: in: RJJ 2008, pagg. 263 segg., 2008, (cit.: *Procédure sommaire*)
- BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2a ed., Neuchâtel/Basilea, 2014, (cit.: *Procédure civile*)

BOOG CHRISTOPHER / STARK-TRABER SONJA, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band III, Berna, 2014, (cit.: *BK ZPO*)

BREITENMOSER STEPHAN / WEYENETH ROBERT, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/ Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

BRÖNNIMANN JÜRGEN, Aspekte der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO, in: PraxiZ - Schriften des Praxisinstituts für Zivilprozess und Zwangsvollstreckung, Band 3, Zurigo, 2013, (cit.: *Aspekte*)

BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO, insbesondere zur Klärung der Prozessaussichten, in: CIVPRO – Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, Band 3, Berna, 2012, (cit.: *Vorsorgliche Beweisführung*)

BRÖNNIMANN JÜRGEN, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band II, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

BRUNNER ALEXANDER, Die Beschwerde (Art. 319 - 327 ZPO), insbesondere die Beschwerdegründe, in: HAVE 2012, Zurigo, 2012, (cit.: *Beschwerde*)

BUCHER ANDREAS, in: Commentaire Romand LDIP et CL, a cura di: BUCHER ANDREAS, Basilea, 2011, (cit.: *CR LDIP-CL*)

BÜHLER ALFRED / EDELMANN ANDREAS / KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2a ed., Aarau, 1998, (cit.: *Aargauische ZPO*)

BÜHLER ALFRED, Beweiswürdigung, in: Der Beweis im Zivilprozess, a cura di: LEUENBERGER CHRISTOPH, Berna, 2000, (cit.: *Beweiswürdigung*)

BÜHLER ALFRED, Gerichts- und Privatgutachten im Immaterialgüterrechtsprozess, Vortrag vom 8. März 2007 an der 10. Zürcher Tagung zum schweizerischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2007, pag. 607, Zurigo, 2007, (cit.: *Gerichts- und Privatgutachten*)

BÜHLER ALFRED, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band I und II, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar OR, Art. 363 - 379 OR, Der Werkvertrag, Band V/2d, Zurigo, 1998, (cit.: *ZK OR*)

BUHR AXEL / GABRIEL SIMON / SCHRAMM DOROTHEE, in: Internationales Privatrecht, Art. 1 - 200 IPRG, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, a cura di: FURRER ANDREAS, GIRSBERGER DANIEL e MÜLLER-CHEN MARKUS, 3a ed., Zurigo, 2016, (cit.: *Internationales Privatrecht*)

- CHAIX FRANÇOIS, in: *Commentaire romand CO*, a cura di: THÉVENOZ LUC e WERRO FRANZ, Band I, 2a ed., Basilea, 2012, (cit.: *CR CO*)
- CHERPILLOD ANNE, Procéder sans procéder au fond selon le projet de code de procédure civile suisse, in: *ZZZ* 2008/2009, Heft 18, Zurigo/San Gallo, 2009, (cit.: *Procéder*)
- COCCHI BRUNO / TREZZINI FRANCESCO, *Codice di procedura civile ticinese massimato e commentato*, Lugano, 2000, (cit.: *CPC-TI*)
- COCCHI BRUNO / TREZZINI FRANCESCO, *Codice di procedura civile ticinese massimato e commentato, Appendice 2000/2004*, Lugano, 2005, (cit.: *CPC-TI*)
- COCCHI BRUNO, Appunti sul tema della perizia giudiziaria nel processo civile, in: *Rep.* 1994, pagg. 161 segg., Bellinzona, 1994, (cit.: *Perizia giudiziaria*)
- COCCHI BRUNO, in: *Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero*, a cura di: COCCHI BRUNO, TREZZINI FRANCESCO e BERNASCONI GIORGIO A., Lugano, 2011, (cit.: *Comm. CPC*)
- COLOMBINI JEAN-LUC, Juge délégué de la Cour d'appel civile (CACI 19 mars 2014/140), Urteilbesprechung, in: *JdT* 2014 III 84, 2014, (cit.: *CACI 19 mars 2014/140*)
- COMOGLIO LUIGI PAOLO / FERRI CORRADO / TARUFFO MICHELE, *Lezioni sul processo civile, II. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, 3a ed., Bologna, 2005, (cit.: *Processo civile*)
- CONTE MARIO, *Le prove civili*, Milano, 2005, (cit.: *Prove civili*)
- CORBOZ BERNARD, in: *Commentaire de la LTF*, a cura di: CORBOZ BERNARD, WURZBURGER ALAIN, FERRARI PIERRE, FRÉSARD JEAN-MAURICE e AUBRY GIRARDIN FLORENCE, 2a ed., Berna, 2014, (cit.: *Commentaire LTF*)
- CORBOZ BERNARD, Les dispositions générales du CPC (Titres 3 à 6), in: *Le Code de procédure civile - Aspects choisis*, a cura di: FOËX BÉNÉDICT e JEANDIN NICOLAS, Ginevra, 2011, (cit.: *Dispositions générales*)
- DIETRICH MARCEL, *Gerichtsstandsgesetz*, a cura di: MÜLLER THOMAS e WIRTH MARKUS, Zurigo, 2001, (cit.: *Gerichtsstandsgesetz*)
- DIGGELMANN PETER, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, a cura di: BRUNNER ALEXANDER, GASSER DOMINIK e SCHWANDER IVO, 2a ed., Zurigo/San Gallo, 2016, (cit.: *ZPO Kommentar*)
- DOLGE ANNETTE, Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden und anderen prozessleitenden Entscheiden, in: *PraxiZ, Zivilprozess - aktuell*, Band/Nr. 2 - 2013, Zurigo, 2013, (cit.: *Anfechtbarkeit*)

- DOLGE ANNETTE, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)
- DOLINAR HANS, Zivilprozessrecht, 13a ed., Freistadt, 2014, (cit.: *Zivilprozessrecht*)
- DOMAJ TANJA, Art. 158 ZPO in der Praxis - Ende einer Hoffnung?, in: HAVE 2014, Zurigo, 2014, (cit.: *Hoffnung*)
- DOMAJ TANJA, in: Kurzkomentar ZPO, a cura di: OBERHAMMER PAUL, DOMAJ TANJA e HAAS ULRICH, 2a ed., Basilea, 2014, (cit.: *KuKomm ZPO*)
- DONZALLAZ YVES, Commentaire de l'arrêt du 30.7.2003 de la Ière Cour civile du Tribunal fédéral (4P.86/2003, ATF 129 III 626), recours de droit public, in: AJP 2004, pagg. 204 segg., 2004, (cit.: *Commentaire*)
- DONZALLAZ YVES, La Convention de Lugano, Volume I, Berna, 1996, (cit.: *CL*)
- DÖRSCHNER LISA MARIA, Beweissicherung im Ausland, Zur gerichtlichen vorprozessualen Beweisaufnahme in Deutschland, Frankreich und der Schweiz am Beispiel des privaten Baurechts sowie zur Beweissicherung bei Auslandssachverhalten und zur Verwertung ausländischer vorsorglicher Beweisaufnahmen im deutschen Hauptsacheprozess, Francoforte sul Meno, 2000, (cit.: *Beweissicherung im Ausland*)
- DROESE LORENZ, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, in: LBR, n. 24, Zurigo, 2008, (cit.: *Akteneinsicht*)
- DROESE LORENZ, Urteilbesprechung zu BGE 140 III 12, in: RSPC/SZZP 2014, Heft 3, pag. 320, Basilea, 2014, (cit.: *Urteilbesprechung*)
- DUTOIT BERNARD, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5a ed., Basilea, 2016, (cit.: *Commentaire LDIP*)
- EMMEL FRANK, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)
- FAVALLI DANIELE / AUGSBURGER THIERRY, in: Basler Kommentar Lugano-Übereinkommen, 2a ed., a cura di: OETIKER CHRISTIAN e WEIBEL THOMAS, Basilea, 2016, (cit.: *BSK Lug-Ü*)
- FEIL ERICH / KROISENBRUNNER ELKE, Zivilprozessordnung: Kurzkomentar für die Praxis, Vienna, 2003, (cit.: *Kurzkomentar ZPO*)

- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar Obligationenrecht, Art. 394 - 406 OR, Der einfache Auftrag, Band IV 2/4, a cura di: HAUSHEER HEINZ, Berna, 1992, (cit. *BK OR*)
- FELLMANN WALTER, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: HAVE 2010, Zurigo, 2010, (cit.: *Vorsorgliche Beweisführung*)
- FELLMANN WALTER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)
- FINK STEFAN, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band/Nr. 179, Zurigo, 2015, (cit.: *Private Zeugenbefragung*)
- FISCHER PHILIPP / RICHARD ALEXANDRE, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, in: ZSR, Beiheft 49, Basilea, 2010, (cit.: *Pretrial discovery*)
- FRANK RICHARD / STÄULI HANS / MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3a ed., Zurigo, 1997, (cit.: *Zürcherische ZPO*)
- FREI NINA J., in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)
- FRESE LUKAS / KOBEL MARCEL, Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht, in: mp 2016, pagg. 87 segg., Zurigo, 2016, (cit.: *Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht*)
- GAILLARD LOUIS, Les mesures provisionnelles en droit international privé, in: SJ 1993, pag. 141, Ginevra, 1993, (cit.: *Mesures provisionnelles*)
- GASSER DOMINIK / RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2a ed., Zurigo/San Gallo, 2014, (cit.: *ZPO Kurzkommentar*)
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5a ed., Zurigo, 2011, (cit.: *Werkvertrag*)
- GÄUMANN STEFAN / MARGHITOLA RETO, Editionspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung, in: Jusletter 14 novembre 2011, 2011, (cit.: *Editionspflichten*)
- GAUTHEY DANIELLE / MARKUS ALEXANDER R., L'entraide judiciaire internationale en matière civile, Berna, 2014, (cit.: *L'entraide judiciaire internationale en matière civile*)
- GEHRI MYRIAM A., in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

GEISINGER ELLIOTT, Les relations entre l'arbitrage commercial international et la justice étatique en matière de mesures provisionnelles, in: SJ 2005 II, pagg. 375 segg., Ginevra, 2005, (cit.: *Relations*)

GESSLER DIETER, Informationsbeschaffung mit den Mitteln des Zivilprozesses, in: SJZ 100/2004, pag. 433, Zurigo, 2004, (cit.: *Informationsbeschaffung*)

GÖTZ CLAUDIA, Amerikanisches Discovery für Verfahren im Ausland, in: SJZ 102/2006, pag. 262, Zurigo, 2006, (cit.: *Amerikanisches Discovery*)

GRABER MICHAEL / FREI NINA J., in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

GROLIMUND PASCAL, Einzelfragen des Internationalen Beweisrechts, in: Haftpflicht- und Versicherungsrecht / Droit de la responsabilité civile et des assurances - Liber amicorum Roland Brehm, Berna, 2012, (cit.: *Internationales Beweisrecht*)

GRONER ROGER, Beweisrecht: Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Berna, 2011, (cit.: *Beweisrecht*)

GRUBER ANDREAS, Beweise und Beweisführungsgrundsätze im italienischen Zivilrecht, in: Beweise und Beweisführungsgrundsätze im Zivilrecht, Zurigo, 2008, (cit.: *Beweise und Beweisführungsgrundsätze*)

GUINCHARD SERGE, Droit et pratique de la procédure civile, droit interne - droit communautaire, Parigi, 2009, (cit.: *Droit et pratique*)

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3a ed., Zurigo, 1979, (cit.: *Zivilprozessrecht*)

GÜNGERICH ANDREAS, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band I und II, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

GUYAN PETER, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

HAAS ULRICH / SCHLUMPF MICHAEL, in: Kurzkommmentar ZPO, a cura di: OBERHAMMER PAUL, DOMEJ TANJA e HAAS ULRICH, 2a ed., Basilea, 2014, (cit.: *KuKomm ZPO*)

HABEGGER PHILIPP, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

HABLÜTZEL MARTIN, Schweizerische ZPO: Hat der Berg nur eine Maus geboren), in: HAVE 2014, pag. 297, Zurigo, 2014, (cit.: *Schweizerische ZPO*)

- HABSCHEID WALTHER J., *Droit judiciaire privé suisse*, 2a ed. Ginevra, 1981, (cit.: *Droit judiciaire*)
- HAFNER PETER, in: *Basler Kommentar ZPO*, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)
- HAFNER PETER, *Strategie und Technik des Zivilprozesses: Einführung in die Kunst des Prozessierens*, Zurigo, 2011, (cit.: *Strategie*)
- HALDY JACQUES, in: *Code de procédure civile commenté*, a cura di: BOHNET FRANÇOIS, HALDY JACQUES, JEANDIN NICOLAS, SCHWEIZER PHILIPPE e TAPPY DENIS, Basilea, 2011, (cit.: *CPC commenté*)
- HALDY JACQUES, *Procédure civile suisse*, Basilea, 2014, (cit.: *Procédure civile*)
- HASENBÖHLER FRANZ, *Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte*, Band 1, Zurigo, 2015, (cit.: *Beweisrecht*)
- HASENBÖHLER FRANZ, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)
- HASENBÖHLER FRANZ, *Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte bei familienrechtlichen Beziehungen gemäss der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in: *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, a cura di: BÜCHLER ANDREA e MÜLLER-CHEN MARKUS, Berna, 2011, (cit.: *Mitwirkungspflichten*)
- HASENBÖHLER FRANZ, *Summarisches Verfahren, insbesondere Rechtsschutz in klaren Fällen und vorsorgliche Massnahmen*, in: *Anwaltsrevue 2014*, pagg. 259 segg., Berna, 2014, (cit.: *Summarisches Verfahren*)
- HAUSER ROBERT / SCHWERI ERHARD / LIEBER VIKTOR, GOG: *Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, Überarbeitete und ergänzte Weiterführung des Kommentars Hauser/Schweri zum Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)*, Zurigo, 2012, (cit.: *GOG Kommentar*)
- HEINZMANN MICHEL / COPT CORINNE, *Expertise hors procès*, in: *BR 2011*, pag. 201, Zurigo, 2011, (cit.: *Expertise hors procès*)
- HEINZMANN MICHEL / DEMIERRE RAFFAELLA, *Intervention d'un tiers dans une procédure de preuve à futur « hors procès »*, in: *BR 2016*, pag. 157, Zurigo, 2016, (cit.: *Intervention d'un tiers*)

- HERGET KURT, in: Zöllner ZPO, Zivilprozessordnung, a cura di: GEIMER REINHOLD, GREGER REINHOLD et al., 31a ed., Colonia, 2016, (cit.: *Zöllner ZPO*)
- HIGI PETER, Zürcher Kommentar OR, Art. 266 - 268b OR, Die Miete, Zweite Lieferung, Band V/2b, a cura di: GAUCH PETER e SCHMID JÖRG, 4a ed., Zurigo, 1995, (cit.: *ZK OR*)
- HOFMANN DAVID / LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 2a ed., Berna, 2015, (cit.: *Code de procédure civile*)
- HOFMANN-NOWOTNY URS H., in: ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308 - 327a ZPO, a cura di: KUNZ OLIVER M., HOFMANN-NOWOTNY URS H. e STAUBER DEMIAN, Basilea, 2013, (cit.: *ZPO-Rechtsmittel*)
- HOHL FABIENNE, Procédure civile, Introduction et théorie générale, Tome I, Berna, 2001, (cit.: *Procédure civile*)
- HUBER LUCIUS, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)
- HURNI CHRISTOPH, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band I, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)
- HURNI CHRISTOPH, Vorsorgliche Beweisführung zwecks Abklärung der Prozessaussichten (vier Leitenstscheide des Bundesgerichts), in: ZBJV 150/2014, pagg. 85 segg., Berna, 2014, (cit. *Vorsorgliche Beweisführung*)
- INFANGER DOMINIK, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)
- JÄGER PETER / SCHWEITER ANGELA, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht mit einem Anhang unveröffentlichter Urteile, 3a ed., Zurigo, 2012, (cit.: *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht*)
- JEANDIN NICOLAS, in: Code de procédure civile commenté, a cura di: BOHNET FRANÇOIS, HALDY JACQUES, JEANDIN NICOLAS, SCHWEIZER PHILIPPE e TAPPY DENIS, Basilea, 2011, (cit.: *CPC commenté*)
- JEANDIN NICOLAS, La production de pièces protégées par le secret bancaire en procédure civile, in: Journée 2002 de droit bancaire et financier, Berna, 2003, (cit.: *Production de pièces protégées par le secret bancaire*)
- JEANDIN NICOLAS, LPC et production de pièces de lege ferenda, in: SJ 200 II, pag. 373, Ginevra, 2000, (cit.: *Production de pièces*)

JENNY DAVID, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

JENT-SORENSEN INGRID, in: *Kurzkomentar ZPO*, a cura di: OBERHAMMER PAUL, DOMEJ TANJA e HAAS ULRICH, 2a ed., Basilea, 2014, (cit.: *KuKomm ZPO*)

KAISER JOB NOËLLE, in: *Basler Kommentar ZPO*, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

KÄLIN OLIVER, *Das Arztzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten*, in: *ZZZ* 2006, pag. 335, Zurigo/San Gallo, 2006, (cit.: *Arztzeugnis als Beweismittel*)

KAUFMANN MARTIN, *Bewiesen? Gedanken zu Beweislast - Beweismass - Beweiswürdigung*, in: *AJP* 2003, pag. 1199, Zurigo, 2003, (cit.: *Bewiesen?*)

KAUFMANN MARTIN, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, a cura di: BRUNNER ALEXANDER, GASSER DOMINIK e SCHWANDER IVO, 2a ed., Zurigo/San Gallo, 2016, (cit.: *ZPO Kommentar*)

KILLIAS LAURENT / KRAMER MICHAEL / ROHNER THOMAS, *Gewährt Art. 158 ZPO eine “pre-trial discovery” nach US-amerikanischem Recht?*, in: *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander*, a cura di: LORANDI FRANCO e STAEHELIN DANIEL, Zurigo/San Gallo, 2011, (cit.: *Discovery*)

KILLIAS LAURENT, in: *Berner Kommentar ZPO*, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band II, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

KLETT KATHRIN / HURNI CHRISTOPH, *Beweisrechtliche Besonderheiten des Immaterialgüterrechtsprozess aus Sicht des Bundesgerichts*, in: *sic!* 2014, pag. 265, Zurigo, 2014, (cit.: *Beweisrechtliche Besonderheiten*)

KLINGLER RAFAEL, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

KNOEPFLER FRANÇOIS / SCHWEIZER PHILIPPE / OTHENIN-GIRARD SIMON, *Droit international privé suisse*, 3a ed., Berna, 2005, (cit.: *DIP*)

KOFMEL EHRENZELLER SABINE, in: *Kurzkomentar ZPO*, a cura di: OBERHAMMER PAUL, DOMEJ TANJA e HAAS ULRICH, 2a ed., Basilea, 2014, (cit.: *KuKomm ZPO*)

KOFMEL EHRENZELLER SABINE, *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen*, a cura di: DASSER FELIX e OBERHAMMER PAUL, 2a ed., Berna, 2011, (cit.: *Kommentar Lug-Ü*)

KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4a ed., Berna, 1984, (cit.: *Grundriss*)

LARGUIER JEAN / CONTE PHILIPPE, Procédure civile, Droit judiciaire privé, 16a ed., Parigi, 1998, (cit.: *Procédure civile*)

LEU CHRISTIAN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, a cura di: BRUNNER ALEXANDER, GASSER DOMINIK e SCHWANDER IVO, 2a ed., Zurigo/San Gallo, 2016, (cit.: *ZPO Kommentar*)

LEUCH GEORG / MARBACH OMAR / KELLERHALS FRANZ / STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Berna, 2000, (cit.: *ZPO BE*)

LEUENBERGER CHRISTOPH / UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990, Zurigo, 1999, (cit.: *ZPO SG*)

LEUENBERGER CHRISTOPH / UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Berna, 2010, (cit.: *Zivilprozessrecht*)

LEUENBERGER CHRISTOPH, Das ordentliche Verfahren, in: *ZZZ* 2007, pagg. 327 segg., Zurigo/San Gallo, 2007, (cit.: *Ordentliches Verfahren*)

LEUENBERGER CHRISTOPH, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

LEUMANN LIEBSTER PASCAL, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

LIVSCHITZ MARK / SCHMID OLIVER, Sie wollen klagen - Ihr Gegner hat die Beweise, Beweisausforschungsstrategien und ihre Abwehr: Neuerungen im Kontext der eidgenössischen prozessordnungen aus sicht der Praxis, in: *AJP* 2011, pag. 739, Zurigo, 2011, (cit. *Sie wollen klagen*)

LOCHER CHRISTOPH, Befundaufnahme und vorsorgliche Beweisführung im Bauprozess, in: *BR* 2015, pag. 208, Zurigo, 2015, (cit.: *Befundaufnahme*)

MABILLARD RAMON, in: Basler Kommentar IPRG, a cura di: SCHNYDER ANTON K., VOGT NEDIM PETER, HONSELL HEINRICH e BERTI STEPHEN V., 3a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK IPRG*)

MANDRIOLI CRISANTO, Corso di diritto processuale civile, III - L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, i procedimenti di separazione e divorzio, i

processi del lavoro e locatizio, l'arbitrato, 8a ed., Torino, 2010, (cit. *Diritto processuale civile*)

MARKUS ALEXANDER R., in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band I e II, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

MARKUS ALEXANDER R., Internationales Zivilprozessrecht, Berna, 2014, (cit.: *Internationales Zivilprozessrecht*)

MAZAN STEPHAN, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht: Eine kritische Darstellung aus der sicht von Praxis und Lehre, Zurigo, 2010, (cit.: *Kritische Darstellung*)

MEIER ISAAK, Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Vermeidung des Kostenrisikos, in: HAVE 2010, Zurigo 2010, (cit.: *Unbezifferte Forderungsklage*)

MEIER ISAAK, Vorsorgliche Beweisführung zur Wahrung eines schutzwürdigen Interesses, in: SJZ 110/2014, pagg. 309 segg., Zurigo, 2014, (cit.: *Vorsorgliche Beweisführung*)

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Richterliche Lückenausfüllung im Zivilprozessrecht, in: SJZ 46/1950, pag. 340, Zurigo, 1950, (cit.: *Lückenausfüllung im Zivilprozessrecht*)

MERKLI THOMAS, Vorsorgliche Massnahmen und die aufschiebende Wirkung bei Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiären Verfassungsbeschwerden, in: ZBI 109/2008, pag. 416, Zurigo, 2008, (cit.: *Vorsorgliche Massnahmen*)

MÜLLER HEINRICH ANDREAS, Die Beweisabnahme vor der Hauptverhandlung, in: CIVPRO - Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, Band Nr. 3, Berna, 2012, (cit.: *Beweisabnahme vor der Hauptverhandlung*)

MÜLLER ROLAND, Arzteugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2010, pag. 167, Zurigo, 2010, (cit.: *Arzteugnisse*)

MÜLLER ROSEMARIE, Der Ausforschungsbeweis, Zurigo, 1991, (cit. *Ausforschungsbeweis*)

MÜLLER-CHEN MARKUS, Aus dem US-amerikanischen Discovery-Verfahren gewonnene Beweise im internationalen Zivilprozess- und Schiedsrecht in der Schweiz, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, a cura di: GAUCH PETER, WERRO FRANZ e PICHONNAZ PASCAL, Ginevra/Basilea/Zurigo, 2008, (cit.: *US-amerikanisches Discovery-Verfahren*)

NAEGELI GEORG / MAYHALL NADINE, in: *Kurzkommentar ZPO*, a cura di: OBERHAMMER PAUL, DOMEJ TANJA e HAAS ULRICH, 2a ed., Basilea, 2014, (cit.: *KuKomm ZPO*)

NAEGELI GEORG / RICHERS ROMAN, in: *Kurzkommentar ZPO*, a cura di: OBERHAMMER PAUL, DOMEJ TANJA e HAAS ULRICH, 2a ed., Basilea, 2014, (cit.: *KuKomm ZPO*)

OLGIATI ANGELO, *Il codice di diritto processuale civile svizzero*, Lugano, 2010, (cit.: *CPC*)

ORLANDO DANILO A., *Beweislast und Glaubhaftmachung im vorsorglichen Rechtsschutz, Gedanken zu einem Entscheid des Bundesgerichtes*. in: *SJZ* 90/1994, pag. 89, Zurigo, 1994, (cit.: *Beweislast und Glaubhaftmachung*)

PASSADELIS NICOLAS, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung*, a cura di: BAKER & MCKENZIE, Berna, 2010, (cit.: *ZPO*)

PATOCCHI PAOLO MICHELE, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere secondo la Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988*, in: *Rep.* 1992, pagg. 53 segg., 1992, (cit.: *Riconoscimento*)

PELLI OLIVIA, *Beweisverträge im Zivilprozess*, in: *Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht*, Band 14, Zurigo/San Gallo, 2012, (cit.: *Beweisverträge*)

PICHONNAZ PASCAL / SIEGENTHALER THOMAS, *Contrat d'entreprise - Werkvertrag*, in: *BR* 2014, pag. 147, Zurigo, 2014, (cit.: *Contrat d'entreprise*)

PICHONNAZ PASCAL, in: *Commentaire romand CO*, a cura di: THÉVENOZ LUC e WERRO FRANZ, Band I, 2a ed., Basilea, 2012, (cit.: *CR CO*)

POUDRET JEAN-FRANÇOIS / HALDY JACQUES / TAPPY DENIS, *Procédure civile vaudoise*, 3a ed., Losanna, 2002, (cit.: *Procédure vaudoise*)

RAPOLD MANUELA / FERRARI-VISCA RETO, *Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in *AJP* 2013, pag. 387, Zurigo, 2013, (cit.: *Widerklage*)

RASSI JÜRGEN C. T., in: *Zivilprozessgesetze Kommentar*, Band 3, §§ 226 - 460 ZPO, 2a ed., a cura di: FASCHING HANS W. e KONECNY ANDREAS, Vienna, 2004, (cit.: *Zivilprozessgesetze*)

RECHBERGER WALTER H., in: *Zivilprozessordnung Kommentar*, 4a ed., a cura di: RECHBERGER WALTER H., Vienna, 2014, (cit.: *ZPO Kommentar*)

REETZ PETER / HILBER SARAH, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e

LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

REETZ PETER / VORBURGER ALICE, Gutachten und Gutachterfragen, in: HAVE 2013, Zurigo, 2013, (cit.: *Gutachten*)

REETZ PETER, Der Bauprozess: er steht und fällt mit dem Beweis, in: Schweizerische Baurechtstagung 2009, ... für alle, die bauen, Friburgo, 2009, (cit.: *Bauprozess*)

REETZ PETER, Die erhöhte Verantwortung des Gesuchstellers im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung, in: BR 2012, pag. 240, Zurigo, 2012, (cit.: *Verantwortung*)

REETZ PETER, Neue Akzente im Zusammenhang mit der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO, in: BR 2014, pag. 139, Zurigo, 2014, (cit.: *Neue Akzente*)

REETZ PETER, Neues zur vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO, in: BR 2012, pag. 80, Zurigo, 2012, (cit.: *Neues zur vorsorglichen Beweisführung*)

ROUVINEZ JULIEN, Le sort des mesures de preuve à futur du droit suisse dans le système de la Convention de Lugano, in: JdT 2012 III, pag. 219, 2012, (cit.: *Preuve à futur*)

RÜEDI YVES, Rechtswidrig erlangte Beweismittel, in: Substantiieren und Beweisen Praktische Probleme, a cura di: DOLGE ANNETTE, Schriften des Praxisinstituts für Zivilprozess und Zwangsvollstreckung, Band 3, Zurigo, 2013, (cit.: *Beweismittel*)

RUEDIN ROLAND, Droit des sociétés, 2a ed., Berna, 2006, (cit.: *Droit des sociétés*)

RÜEGG VIKTOR, in: Basler Kommentar IPRG, a cura di: SCHNYDER ANTON K., VOGT NEDIM PETER, HONSELL HEINRICH e BERTI STEPHEN V., 3a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK IPRG*)

RÜEGG VIKTOR, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

RÜETSCHI SVEN, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band I und II, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

SALVANESCHI LAURA, I provvedimenti di istruzione preventiva, in: Rivista di diritto processuale 3/1998, Padova, 1998, (cit.: *Istruzione preventiva*)

- SCHLUMPF DIETER, Dispositives Recht und Parteibefugnisse im Zivilprozess, Basilea, 1981, (cit.: *Parteibefugnisse*)
- SCHMID ERNST F., Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung - Belohnung des widerspendigen Gesuchsgegners?, in: Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zurigo, 2015, (cit.: *Nebenfolgen*)
- SCHMID ERNST F., in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)
- SCHMID HANS, Der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung aus schutzwürdigem Interesse, in: Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zurigo, 2015, (cit.: *Gesuchsgegner*)
- SCHMID HANS, in: Kurzkomentar ZPO, a cura di: OBERHAMMER PAUL, DOMEJ TANJA e HAAS ULRICH, 2a ed., Basilea, 2014, (cit.: *KuKomm ZPO*)
- SCHMID ROLAND, in: Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Navigator.ch, a cura di: GHERI MYRIAM A., JENT-SORENSEN INGRID e SARBACH MARTIN, 2a ed., Zurigo, 2015, (cit.: *ZPO*)
- SCHMIDT ANDRÉ D., Note concernant l'expertise selon l'art. 367 al. 2 CO (à propos de l'arrêt publié dans SJ 2006 I 384-390), in: SJ 2007, pag. 96, Ginevra, 2007, (cit.: *Expertise selon l'art. 367 al. 2 CO*)
- SCHNYDER ANTON K. / GROLIMUND PASCAL, in: Basler Kommentar IPRG, a cura di: SCHNYDER ANTON K., VOGT NEDIM PETER, HONSELL HEINRICH e BERTI STEPHEN V., 3a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK IPRG*)
- SCHOTT MARKUS, in: Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, a cura di: NIGGLI MARCEL ALEXANDER, UEBERSAX PETER e WIPRÄCHTIGER HANS, 2a ed., Basilea, 2011, (cit.: *BSK BGG*)
- SCHUMACHER BENJAMIN, Zweifelhafte Bundesgerichtspraxis zur vorsorglichen Beweisführung, in: Plädoyer 1/2016, pagg. 36 segg., 2016, (cit.: *Bundesgerichtspraxis zur vorsorglichen Beweisführung*)
- SCHÜPBACH HENRI-ROBERT, Traité de procédure civile, Volume premier: Introduction, Zurigo, 1995, (cit.: *Traité de proceduré civile*)
- SCHWANDER DANIEL, Befragungstechnik, in: HAVE 2013, Zurigo, 2013, (cit.: *Befragungstechnik*)
- SCHWANDER IVO, Einflussnahme der Parteien auf den Zivilprozess, in: ZZZ 2004, pag. 365, Zurigo/San Gallo, 2010, (cit.: *Einflussnahme*)
- SCHWEIZER MARK, Das Beweismass der Glaubhaftmachung, in: ZZZ 2014/2015, 33/34, Zurigo/San Gallo, 2015, (cit.: *Glaubhaftmachung*)

- SCHWEIZER MARK, Der Anspruch auf genaue Beschreibung gemäss Art. 77 PatG - Gedanken eines Mitglieds des Bundespatentgerichts, in sic! 2010, pag. 930, Zurigo, 2010, (cit.: *Genaue Beschreibung*)
- SCHWEIZER MARK, Substanziieren - wozu?, in: SJZ 108/2012, pag. 557, Zurigo, 2012, (cit.: *Substanziieren*)
- SCHWEIZER MARK, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, in: ZZZ 2010, Heft 21-22, Zurigo/San Gallo, 2010, (cit.: *Vorsorgliche Beweisabnahme*)
- SCHWEIZER PHILIPPE, in: Code de procédure civile commenté, a cura di: BOHNET FRANÇOIS, HALDY JACQUES, JEANDIN NICOLAS, SCHWEIZER PHILIPPE e TAPPY DENIS, Basilea, 2011, (cit.: *CPC commenté*)
- SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Zurigo, 2013, (cit.: *Berufung*)
- SEILER HANSJÖRG, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, a cura di: SEILER HANSJÖRG, VON WERDT NICOLAS, GÜNGERICH ANDREAS e OBERHOLZER NIKLAUS, 2a ed., Berna, 2015, (cit.: *Bundesgerichtsgesetz*)
- SIEGENTHALER THOMAS / REETZ PETER, Beweissicherung im Werkvertragsrecht, in: BR 2013, pag. 138, Zurigo, 2013, (cit.: *Beweissicherung im Werkvertragsrecht*)
- SIEGENTHALER THOMAS, Gutachten im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung - ein "gerichtliches Privatgutachten", in: BR 2013, pag. 311, Zurigo, 2013, (cit.: *Gutachten im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung*)
- SPRECHER THOMAS, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)
- SPÜHLER KARL / DOLGE ANNETTE / GEHRI MYRIAM A., Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9a ed., Berna, 2010, (cit.: *Zivilprozessrecht*)
- SPÜHLER KARL / VOCK DOMINIK, Gerichtsstandsgesetz, Gesetzesausgabe mit Anmerkungen, Zurigo, 2000, (cit.: *Gerichtsstandsgesetz*)
- SPÜHLER KARL / VOCK DOMINIK, Urkundenedition nach den Prozessordnungen der Kantone Zürich und Bern, in: SJZ 95/1999, pagg. 41 segg., Zurigo, 1999, (cit.: *Urkundenedition*)
- SPÜHLER KARL / WEBER MARC, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

STAEHELIN ADRIAN / STAEHELIN DANIEL / GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2a ed., Zurigo, 2013, (cit.: *Zivilprozessrecht*)

STAEHELIN ADRIAN / SUTTER-SOMM THOMAS, *Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts*, Zurigo, 1992, (cit.: *Zivilprozessrecht BS-BL*)

STAEHELIN ERNST / SCHWEIZER SILVIA, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

STANISCHEWSKI FLORA, *Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, Zurigo, 2015, (cit.: *Vorsorgliche Beweisführung*)

STECK DANIEL, in: *Basler Kommentar ZPO*, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

STEIN-WIGGER MATTHIAS, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

STENGEL MANUEL, *Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, in: *Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen*, Band 3, a cura di: MÜLLER ROLAND e GEISER THOMAS, Zurigo/San Gallo, 2014, (cit.: *Vertrauensarzt*)

STERCHI MARTIN H., in: *Berner Kommentar ZPO*, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band I, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

STOLKIN PHILIP, *Die vorsorgliche Beweisführung, das Recht auf Beweis und das schützenswerte Interesse in der neuen Zivilprozessordnung*, in *HAVE* 2014, pagg. 14 segg., Zurigo, 2014, (cit.: *Vorsorgliche Beweisführung*)

STUCKI BLAISE / PAHUD JOËL, *Le régime des décisions superprovisionnelles et provisionnelles du code de procédure civile*, in: *SJ* 2015 II, pagg. 1 segg., Ginevra, 2015, (cit.: *Régime*)

STUDER URS W. / RÜEGG VIKTOR / EIHOLZER HEINER, *Der Luzerner Zivilprozess*, Kriens, 1994, (cit.: *Luzerner Zivilprozess*)

SUMMERMATTER DANIEL, *Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zur unengeltlichen Rechtspflege: eine geglückte Rechtsfortbildung mit Wermutstropfen*, in: *HAVE* 2016, Zurigo, 2016, (cit.: *Rechtsprechung des Bundesgerichts zur unengeltlichen Rechtspflege*)

SUTER BENEDIKT A. / VON HOLZEN CRISTINA, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

SUTTER-SOMM THOMAS / KLINGLER RAFAEL, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

SUTTER-SOMM THOMAS / SCHRANK CLAUDE, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

SUTTER-SOMM THOMAS, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2a ed., Zurigo, 2012, (cit.: *Zivilprozessrecht*)

TAKEI NAOKI D., in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

TAPPY DENIS, in: *Code de procédure civile commenté*, a cura di: BOHNET FRANÇOIS, HALDY JACQUES, JEANDIN NICOLAS, SCHWEIZER PHILIPPE e TAPPY DENIS, Basilea, 2011, (cit.: *CPC commenté*)

TAPPY DENIS, *Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile*, in: *JdT* 2010 III, pag. 115, 2010, (cit.: *Voies de droit*)

TARUFFO MICHELE, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, (cit.: *Prova nel processo civile*)

TRAMONTANO LUIGI, *Codice di procedura civile spiegato*, 7a ed., Piacenza, 2009, (cit.: *Codice di procedura civile*)

TREZZINI FRANCESCO, *Celerità e lentezza nella giustizia civile di primo grado con riferimento al nuovo diritto processuale civile svizzero*, in: *LBR* n. 50, Zurigo, 2010, (cit.: *Celerità*)

TREZZINI FRANCESCO, *Effetti extra-territoriali delle decisioni materiali e processuali emesse dal giudice civile svizzero*, in: *RtiD* I-2015, pagg. 227 segg., Basilea, 2015, (cit.: *Effetti extra-territoriali*)

TREZZINI FRANCESCO, in: *Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero*, a cura di: COCCHI BRUNO, TREZZINI FRANCESCO e BERNASCONI GIORGIO A., Lugano, 2011, (cit.: *Comm. CPC*)

TREZZINI FRANCESCO, La figura del perito negli art. 265 e 158 cpv. 1 lit. b) secondo caso CPC, in: RSPC/SZZP 2014, Heft 5, pag. 493, Basilea, 2014, (cit.: *Perito negli art. 265 e 158 CPC*)

TREZZINI FRANCESCO, Il contributo della vicenda Nespresso ai provvedimenti cautelari del CPC, in: RSPC/SZZP 2013, Heft 3, pag. 273, Basilea, 2013, (cit.: *Contributo della vicenda Nespresso ai provvedimenti cautelari*)

TREZZINI FRANCESCO, Provvedimenti cautelari, Lugano, 2015, (cit.: *Provvedimenti cautelari*)

TUNIK DANIEL, L'exécution en Suisse de mesures provisionnelles étrangères: un état des lieux de la pratique, in: SJ 2005 II, pagg. 275 segg., Ginevra, 2005, (cit.: *Exécution*)

ULRICH JÜRGEN, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, 2a ed., Monaco, 2008, (cit.: *Selbständiges Beweisverfahren*)

VISCHER FRANK, in: Zürcher Kommentar IPRG, a cura di: GIRSBERGER DANIEL et al., 2a ed., Zurigo, 2004, (cit.: *ZK IPRG*)

VOCK DOMINIK / NATER CHRISTOPH, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)

VOLKEN PAUL, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach dem Lugano-Übereinkommen, in: ZWR 1992, pag. 421, 1992, (cit.: *Anerkennung*)

VOLKEN PAUL, in: Zürcher Kommentar IPRG, a cura di: GIRSBERGER DANIEL et al., 2a ed., Zurigo, 2004, (cit.: *ZK IPRG*)

VON WERDT NICOLAS, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, a cura di: SEILER HANSJÖRG, VON WERDT NICOLAS, GÜNGERICH ANDREAS e OBERHOLZER NIKLAUS, 2a ed., Berna, 2015, (cit.: *Bundesgerichtsgesetz*)

VON WERDT NICOLAS, Die Beschwerde in Zivilsachen, in: HAVE 2012, Zurigo, 2012, (cit.: *Beschwerde in Zivilsachen*)

VOUILLOZ FRANÇOIS, La preuve dans le Code de procédure civile suisse, in: PJA 2009, pagg. 830 segg., 2009, (cit.: *Preuve*)

WAGNER PATRICK / DEECKE RAINER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach art. 158 ZPO, in: Anwaltsrevue 2015, pag. 269, Berna, 2015, (cit.: *Die Rechtsprechung des BGer zur vorsorglichen Beweisführung*)

- WALDMANN YVES, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basilea, 2009, (cit.: *Informationsbeschaffung*)
- WALTER GERHARD / DOMEJ TANJA, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5a ed., Berna/Stoccarda/Vienna, 2012, (cit.: *Internationales Zivilprozessrecht*)
- WALTER GERHARD, Vorsorgliche Massnahmen bei fehlender Hauptsachezuständigkeit, in: Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht, a cura di: SPÜHLER KARL, Zurigo, 2000, (cit.: *Vorsorgliche Massnahmen*)
- WALTER HANS PETER, Berner Kommentar ZGB, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1 - 9, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER Berna, 2012, (cit.: *BK ZGB*)
- WEIBEL THOMAS / WALZ CLAUDIA, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)
- WEIBEL THOMAS, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)
- WEISE STEFAN, Praxis des selbständigen Beweisverfahren, Monaco, 1996, (cit.: *Selbständiges Beweisverfahren*).
- WILLI CHRISTOPH, Glaubhaftmachung und Glaubhaftmachungslast, in: sic! 2011, pag. 215, Zurigo, 2011, (cit.: *Glaubhaftmachung*)
- WILLI CHRISTOPH, Vorsorgliche Massnahmen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), in: sic! 2010, pag. 591, Zurigo, 2010, (cit.: *Vorsorgliche Massnahmen*)
- WILLISEGGER DANIEL, in: Basler Kommentar ZPO, a cura di: SPÜHLER KARL, TENCHIO LUCA, INFANGER DOMINIK, 2a ed., Basilea, 2013, (cit.: *BSK ZPO*)
- WYLER RÉMY / HEINZER BORIS, Droit du travail, 3a ed., Berna, 2014, (cit.: *Droit du travail*)
- ZINDEL GAUDENZ G. / PULVER URS / SCHOTT BERTRAND G., in: Basler Kommentar OR I, a cura di: HONSELL HEINRICH, VOGT NEDIM PETER e WIEGAND WOLFGANG, 6a ed., Basilea, 2015, (cit.: *BSK OR*)
- ZINGG SIMON, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band I, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

ZOTSANG DHEDEN C., Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band/Nr. 178, Zurigo, 2015, (cit.: *Prozesskosten*)

ZUBER ROGER / GROSS BALZ, in: Berner Kommentar ZPO, a cura di: HAUSHEER HEINZ e WALTER HANS PETER, Band I, Berna, 2012, (cit.: *BK ZPO*)

ZÜRCHER ALEXANDER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a cura di: SUTTER-SOMM THOMAS, HASENBÖHLER FRANZ e LEUENBERGER CHRISTOPH, 3a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra, 2016, (cit.: *Kommentar ZPO*)

ZÜRCHER JOHANN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, a cura di: BRUNNER ALEXANDER, GASSER DOMINIK e SCHWANDER IVO, 2a ed., Zurigo/San Gallo, 2016, (cit.: *ZPO Kommentar*)

Indice dei materiali

Avamprogetto della commissione peritale concernente l'unificazione della procedura civile (giugno 2003)

Messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale del 28 febbraio 2001 (FF 2001, pagg. 3764 segg.)

Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.)

Progetto di Codice di diritto processuale civile svizzero (Codice di procedura civile, CPC) (FF 2006, pagg. 6785 segg.)

Raccolta dei risultati della procedura di consultazione all'avamprogetto relativo a una legge federale sulla procedura civile svizzera (2004)

Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto della commissione peritale (giugno 2003)

Indice delle abbreviazioni

AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AP/CPC	Avamprogetto della commissione peritale concernente l'unificazione della procedura civile (giugno 2003)
art.	Articolo
artt.	Articoli
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BR	Baurecht
Bull.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation (FR)
c.d.	Cosiddetto/a
CACI VD	Cour d'appel civile du Canton de Vaud
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung
Cass. Civ. 1	Première chambre civile de la Cour de cassation (FR)
Cass. Civ. 2	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation (FR)
Cass. Com.	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation (FR)
CC	Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (RS 210)
CEDU	Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS 0.101)
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione europea (già Corte di giustizia delle comunità europee: CGCE)
cit.	Citato
CJCI GE	Cour de justice Chambre civile du Canton de Genève
CLA70	Convenzione del 18 marzo 1970 sull'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (RS 0.274.132)
CLug	Convenzione del 30 ottobre 2007 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (RS 0.275.12)

CO	Legge federale del 30 marzo 1911 di completamento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) (RS 220)
consid.	Considerando
Cost.	Costituzione federale del 18 aprile 1999 (RS 101)
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (RS 311)
CPC	Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (RS 272)
CPC/AG	Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984 (RL 221.100) (abrogata)
CPC/AI	Gesetz über die Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Appenzell Inner Rhoden vom 24. April 1949 (RL 270.000) (abrogata)
CPC/AR	Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell Ausser Rhoden vom 27. April 1980 (RL 231.1) (abrogata)
CPC/BE	Gesetz über die Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Bern vom 7. Juli 1918 (RL 271.1) (abrogata)
CPC/BL	Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Basel-Land vom 21. September 1961 (RL 221.0) (abrogata)
CPC/BS	Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8. Februar 1875 (RL 271.1) (abrogata)
CPC/FR	Zivilprozessordnung des Kantons Freiburg vom 28. April 1953 (RL 270.1) (abrogata)
CPC/GE	Loi de procédure civile du Canton de Genève du 10 avril 1987 (RL E.3.05) (abrogata)
CPC/GL	Zivilprozessordnung des Kantons Glarus vom 6. Mai 2001 (RL III.C/1) (abrogata)
CPC/GR	Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO) vom 1. Dezember 1985 (RL 320.000) (abrogata)
CPC/JU	Code de procédure civile de la République et Canton du Jura du 9 novembre 1978 (RL 271.1) (abrogata)
CPC/LU	Gesetz über die Zivilprozessordnung des Kantons Luzern vom 27. Juni 1994 (RL 260a) (abrogata)

CPC/NE	Code de procédure civile (CPC) de la République et Canton de Neuchâtel du 30 septembre 1991 (RL 251.1) (abrogato)
CPC/NV	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) des Kantons Nidwalden vom 20. Oktober 1999 (RL 262.1) (abrogata)
CPC/OW	Verordnung über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) des Kantons Obwalden vom 9. März 1973 (RL 240.11) (abrogata)
CPC/SG	Zivilprozessgesetz des Kantons St. Gallen vom 20. Dezember 1990 (RL 961.2) (abrogata)
CPC/SH	Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 (RL 273.100) (abrogata)
CPC/SO	Zivilprozessordnung des Kantons Solothurn vom 11. September 1966 (RL 221.1) (abrogata)
CPC/SZ	Zivilprozessordnung des Kantons Schwyz vom 25. Oktober 1974 (RL 232.110) (abrogata)
CPC/TG	Gesetz über die Zivilrechtspflege (Zivilprozessordnung) des Kantons Thurgau vom 6. Juli 1988 (RL 271) (abrogata)
CPC/TI	Codice di procedura civile del 17 febbraio 1971 del Canton Ticino (RL 3.3.2.1) (abrogato)
CPC/UR	Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Uri vom 23. März 1994 (RL 9.2211) (abrogata)
CPC/VD	Code de procédure civile (CPC) du Canton de Vaud du 14 décembre 1966 (RL 270.11) (abrogato)
CPC/VS	Code de procédure civile du Canton du Valais du 24 mars 1998 (RL 270.1) (abrogato)
CPC/ZG	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (RL 221.1) (abrogata)
CPC/ZH	Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (RL 271) (abrogata)
CPC-At	Codice di procedura civile austriaco
CPC-De	Codice di procedura civile tedesco
CPC-Fr	Codice di procedura civile francese
CPC-It	Codice di procedura civile italiano
cpv.	Capoverso

CREC VD	Chambre des recours civile du Canton de Vaud
DTF	Decisione del Tribunale federale (pubblicata sulla RU)
FF	Foglio federale
GebT/BL	Verordnung über die Gebühren der Gerichte (Gebührentarif) des Kantons Basel-Land vom 15. November 2010 (RL 170.31)
GebT/BS	Verordnung über die Gerichtsgebühren des Kantons Basel-Stadt vom 4. März 1975 (RL 154.810)
GebV/ZH	Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (RL 211.11)
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 (RL 211.1)
GVP/SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
GVP/ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
HAVE	Haftung und Versicherung
HGer AG	Handelsgericht Aargau
HGer BE	Handelsgericht Bern
HGer ZH	Handelsgericht Zürich
I CCA TI	Prima Camera civile del Tribunale d'appello del Canton Ticino
II CCA TI	Seconda Camera civile del Tribunale d'appello del Canton Ticino
III CCA TI	Terza Camera civile del Tribunale d'appello del Canton Ticino
JdT	Journal des Tribunaux
KGer AG	Kantonsgericht Aargau
KGer BL	Kantonsgericht Basel-Land
KGer GR	Kantonsgericht Graubünden
KGer JU	Kantonsgericht Jura
KGer SG	Kantonsgericht St. Gallen
KGer VS	Kantonsgericht Wallis

KoV/LU	Verordnung des Obergerichts über di Verfahrens- und Verwaltungskosten (Kostenverordnung Obergericht) des Kantons Luzern vom 17. Dezember 2010 (RL 265)
LALCA/TI	Legge di applicazione delle norme federali in materia di locazione di locali d'abitazione e commerciali e di affitto del Canton Ticino del 24 giugno 2010 (RL 3.3.2.1.4)
LBI	Legge federale del 25 giugno 1954 sui brevetti d'invenzione (RS 232.14)
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft
LDA	Legge federale del 9 ottobre 1992 sul diritto d'autore e sui diritti di protezione affini (RS 231.1)
LDes	Legge federale del 5 ottobre 2001 sulla protezione del design (RS 232.12)
LDIP	Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (RS 291)
lett.	Lettera
LForo	Legge federale del 24 marzo 2000 sul foro in materia civile (RS 272) (abrogata)
LOG/TI	Legge sull'organizzazione giudiziaria del Cantone Ticino del 10 maggio 2006 (RL 3.1.1.1)
LPD	Legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati (RS 235.1)
LPM	Legge federale del 28 agosto 1992 sulla protezione dei marchi e delle indicazioni di provenienza (RS 232.11)
LTF	Legge federale del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (RS 173.110)
LTG/TI	Legge sulla tariffa giudiziaria del 30 novembre 2010 del Cantone Ticino (RL 3.1.1.5)
mp	Mietrechtspraxis
n.	Numero
OGer BE	Kantonsgericht Bern
OGer LU	Obergericht Luzern
OGer ZH	Obergericht Zürich

OGer ZG	Obergericht Zug
P/CPC	Progetto di Codice di diritto processuale civile svizzero
pag.	Pagina
pagg.	Pagine
PraxiZ	Schriften des Praxisinstituts für Zivilprozess und Zwangsvollstreckung
pto.	Punto
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RL	Raccolta sistematica del diritto cantonale (dei vari cantoni)
RS	Raccolta sistematica del diritto federale
RSPC/SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (mit SchKG und Schiedsgerichtsbarkeit)
RTar/TI	Regolamento sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazione delle ripetibili del Canton Ticino del 19 dicembre 2007 (RL 3.1.1.7.1)
RTFMC/GE	Règlement fixant le tarif des frais en matière civile du Canton de Genève du 22 décembre 2010 (RL E.1.05.10)
RtiD	Rivista ticinese di diritto
RU	Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale svizzero
segg.	Seguenti
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
TF	Tribunale federale
TFB	Tribunale federale dei brevetti
TFJC/VD	Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 du Canton de Vaud (RL 270.11.5)

VKD/BE	Dekret betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret) des Kantons Bern vom 24. März 2010 (RL 161.12)
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkungen
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Indice delle illustrazioni

Tabella riassuntiva sulla ripartizione delle spese giudiziarie	199
Tabella riassuntiva sui mezzi d'impugnazione	242

Introduzione

Con l'introduzione, il 1. gennaio 2011, del nuovo Codice di diritto processuale civile svizzero, il quale ha sostituito i previgenti codici di rito cantonali, è stato introdotto pure lo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare, disciplinato dall'art. 158 CPC. L'istituto processuale in narrativa permette, su istanza di parte, l'assunzione anticipata, rispetto alla fase processuale dibattimentale classicamente riservata all'amministrazione delle prove, di uno o più mezzi di prova. 1

Giusta l'art. 158 CPC, un tale strumento, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, è al servizio di quella parte che rende verosimile che i mezzi di prova in questione sono messi in pericolo, rispettivamente che sussiste un suo interesse degno di protezione. Se il primo scenario si configura quale classico strumento assicurativo di un mezzo di prova che rischia di non poter più essere assunto, a causa della sua sparizione, nella fase processuale classica della causa di merito e rispecchia la prova a futura memoria già conosciuta da tutti i codici di procedura civile cantonali previgenti, la seconda possibilità offerta dal nuovo Codice di diritto processuale civile svizzero assurge, per la maggior parte dei giuristi, a vera e propria novità suscettibile di stravolgere - da un certo punto di vista - l'usuale svolgimento del procedimento civile, permettendo appunto l'amministrazione anticipata di un mezzo di prova anche ove questo non sia minacciato da particolare pericolo di scomparsa. 2

In particolare, la possibilità di assumere un mezzo di prova in via anticipata, per valutare le possibilità di esito favorevole di un futuro eventuale processo di merito e dunque per evitare l'introduzione di inutili procedimenti votati all'insuccesso, era conosciuta da solo pochi codici di rito cantonali, mentre per la maggior parte dei praticanti del diritto, tra i quali i giuristi ticinesi, costituisce un'importante novità che merita di essere approfondita, stanti le grosse potenzialità - in particolare legate all'economia processuale e di costi ed all'accelerazione del processo civile - insite nella stessa. 3

Il presente contributo mira dunque ad analizzare nel modo più completo possibile, senza tuttavia pretesa di esaustività, lo strumento codificato dal legislatore all'art. 158 CPC. Se, come detto, tale istituto costituisce in diversi casi un valido strumento a disposizione delle parti per giungere in modo più celere ed a costi spesso più contenuti ad una soluzione dei contenziosi, la stringata regolamentazione dello stesso contenuta nel Codice di diritto processuale civile svizzero conduce ad una serie di incertezze legate alla messa in opera della norma in questione. Ciò ha condotto a varie discussioni dottrinali e a disparati precedenti giurisprudenziali, a volte anche con risultati 4

diametralmente opposti, che meritano certamente di essere attentamente approfonditi. Pure il Tribunale federale ha già, ad oggi, avuto modo di confrontarsi più volte con contenziosi legati all'applicazione dell'art. 158 CPC, sviluppando un'interessante giurisprudenza a cui va tributata la giusta attenzione e - in alcuni casi - anche una certa critica.

- 5 Appare inoltre opportuno rispondere alla domanda a sapere se l'introduzione di un'istanza di assunzione di prove a titolo cautelare sia effettivamente in tutti i casi lo strumento più idoneo al servizio di quella parte che intende, normalmente, colmare un suo deficit d'informazioni o probatorio. In particolare, risulta interessante mettere in evidenza quelli che possono essere anche i limiti di tale novità offerta dal legislatore federale, nonché le criticità legate alla sua messa in opera.
- 6 Si è pure deciso di dedicare particolare attenzione agli aspetti pratici legati all'assunzione anticipata di un mezzo di prova, corredando ove possibile la parte più teorica con esempi pratici di messa in atto di tale strumento. Particolare attenzione è pure dedicata al rapporto dell'istituto in discussione con gli strumenti informativi del diritto materiale e con altri istituti messi a disposizione dal diritto processuale, nonché all'influenza delle prove assunte in via anticipata con riferimento al procedimento di merito ed alla relativa procedura probatoria.
- 7 Oltre a riportare le principali opinioni giurisprudenziali e dottrinali riferite alle problematiche riscontrate in relazione all'applicazione dell'art. 158 CPC, in questo lavoro viene espressa un'analisi critica delle soluzioni ivi proposte oltre ad un personale parere dello scrivente.
- 8 Il presente lavoro contempla i pertinenti riferimenti dottrinali e di giurisprudenza cantonale e federale, i quali sono aggiornati sino 31 gennaio 2017 ed organizzati in note a piè di pagina.

Capitolo 1: Cenni generali sull'assunzione di prove a titolo cautelare

Prima di entrare nel merito del funzionamento e dell'applicazione dell'art. 158 CPC, appare opportuno definire e distinguere in modo chiaro il concetto di assunzione di prove a titolo cautelare e chiarire quale sia lo scopo di questo istituto. Nel presente capitolo verrà parimenti brevemente ripresa l'evoluzione storica dello strumento in discussione, con particolare attenzione al regime vigente prima dell'entrata in vigore del Codice di diritto processuale civile svizzero. Un breve spazio verrà pure dedicato ad un'analisi di diritto comparato, con riferimento ai paesi vicini, nonché ai lavori preparatori che hanno condotto all'approvazione del codice di rito federale, con particolare attenzione all'introduzione dell'art. 158 CPC. 9

I. Definizione e scopo

1. Assunzione delle prove nel procedimento civile

Classicamente il processo civile conosceva uno stadio ben definito destinato all'assunzione ed all'amministrazione delle prove, il quale era distinto in modo rigido dallo stadio allegatorio, che di principio lo precedeva¹. Come si vedrà qui di seguito, il CPC riprende solo in parte tale classica suddivisione, prevedendo un regime più elastico che lascia ampio margine di manovra al giudice². 10

A) In generale

L'art. 231 CPC pone il principio per cui nel dibattimento, terminate le arringhe, il giudice assume le prove. Tale principio riprende lo schema classico per cui l'assunzione delle prove avviene successivamente allo scambio degli allegati introduttivi ed alle prime arringhe esposte dalle parti al dibattimento³. 11

¹ LEUENBERGER, *Kommentar ZPO*, n. 11 ad art. 226 CPC; NAEGELI/MAYHALL, *KuKomm ZPO*, n. 2 ad art. 231 CPC; KILLIAS, *BK ZPO*, n. 3 ad art. 231 CPC.

² TAPPY, *CPC commenté*, n. 21 ad art. 226 CPC; LEUENBERGER, *Ordentliches Verfahren*, pag. 332; NAEGELI/MAYHALL, *KuKomm ZPO*, n. 2 ad art. 231 CPC; KILLIAS, *BK ZPO*, n. 3 ad art. 231 CPC.

³ KILLIAS, *BK ZPO*, n. 9 ad art. 231 CPC; WILLISEGGER, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 231 CPC; NAEGELI/MAYHALL, *KuKomm ZPO*, n. 1 ad art. 231 CPC; LEUENBERGER, *Kommentar ZPO*, n. 7 ad art. 231 CPC.

B) Possibilità di assunzione anticipata di mezzi di prova

- 12 Come detto, il CPC non limita l'assunzione delle prove allo stadio dibattimentale. A prescindere dalla possibilità di assumere dei mezzi di prova a titolo cautelare, specificità su cui si tornerà oltre, il legislatore ha, infatti, lasciato ampio margine al giudice nell'organizzazione del processo, tra cui la facoltà di assumere dei mezzi di prova già in occasione di un'eventuale udienza istruttoria.
- 13 Così, giusta l'art. 226 cpv. 3 CPC, in occasione di una tale udienza - la quale può avvenire in ogni tempo⁴ nella fase predibattimentale⁵ e mira principalmente lo scopo di esporre liberamente l'oggetto litigioso, completare i fatti, tentare un'intesa tra le parti e preparare il dibattimento⁶ - il giudice può procedere all'assunzione di prove⁷.
- 14 A tale stadio della lite possono dunque essere assunti tutti i mezzi di prova ammessi dal codice di rito⁸, ritenuto che appare opportuno amministrare già quelle prove che non necessitano l'avvenuta completazione delle allegazioni delle parti contenute nei memoriali introduttivi e/o proposte al dibattimento e che possono aiutare le stesse ad addivenire eventualmente ad un accordo transattivo, rispettivamente sono suscettibili di condurre ad una semplificazione del procedimento⁹. Il tutto secondo il prudente giudizio del giudice, il quale gode in tale ambito di un largo potere di apprezzamento¹⁰.
- 15 È importante sottolineare come l'art. 226 cpv. 3 CPC si fondi su di una logica di mera facoltatività, nel senso che il giudice non è obbligato a dar seguito ad una richiesta di parte volta ad assumere determinati mezzi di prova all'infuori dello stadio classico del processo civile dedicato all'istruttoria di causa¹¹. Tale aspetto differenzia chiaramente l'assunzione probatoria nel contesto di un'udienza istruttoria dall'assunzione di prove a titolo cautelare. Quest'ultimo istituto, come

⁴ Art. 226 cpv. 1 CPC.

⁵ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1007; WILLISEGGER, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 226 CPC; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.61; *contra*: TAPPY, *CPC commenté*, n. 3 ad art. 226 CPC; LEUENBERGER, *Kommentar ZPO*, n. 16 ad art. 226 CPC.

⁶ Art. 226 cpv. 2 CPC.

⁷ LEUENBERGER, *Kommentar ZPO*, n. 11 ad art. 226 CPC; NAEGELI/RICHERS, *KuKomm ZPO*, n. 9 ad art. 226 CPC; TAPPY, *CPC commenté*, n. 20 ad art. 226 CPC; KILLIAS, *BK ZPO*, n. 13 ad art. 226 CPC; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 273; HASEBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.61.

⁸ KILLIAS, *BK ZPO*, n. 15 ad art. 226 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1011.

⁹ NAEGELI/RICHERS, *KuKomm ZPO*, n. 11 ad art. 226 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1012.

¹⁰ TAPPY, *CPC commenté*, n. 21 ad art. 226 CPC; MÜLLER, *Beweisabnahme vor der Hauptverhandlung*, pag. 71.

¹¹ KILLIAS, *BK ZPO*, n. 4 ad art. 226 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1007; WILLISEGGER, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 226 CPC.

si vedrà oltre¹², conferisce un diritto alle parti, in caso di adempimento dei presupposti legali, di ottenere un'attività istruttoria da parte del giudice adito.

2. Assunzione di prove a titolo cautelare

A) In generale

Indipendentemente dalla pendenza di una procedura di merito, l'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare permette, a determinate condizioni, di far amministrare dal tribunale un mezzo di prova in via anticipata rispetto allo stadio preposto a tale esercizio nel processo di merito, ovvero, di norma, prima dell'apertura del dibattimento¹³.

L'assunzione di prove a titolo cautelare può essere definita come un procedimento indipendente, funzionale ad una causa di merito pendente o futura, nell'ambito del quale si provvede all'assunzione di uno o più mezzi di prova, senza apprezzamento dei medesimi da parte del giudice¹⁴. La descritta simbiosi tra strumento cautelare - qui finalizzato all'assunzione di uno o più mezzi di prova - e processo di merito non significa che tra i due vi sia identità, il primo mantenendo la sua piena indipendenza per rapporto al secondo¹⁵. Il descritto legame tra i due strumenti si appalesa nel fatto che lo scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare è quello di amministrare anticipatamente, a determinate condizioni, dei mezzi di prova suscettibili di concorrere alla dimostrazione di una pretesa di merito unicamente affacciata, la quale verrà definita solo nel processo principale¹⁶. La pretesa di merito prospettata dal richiedente, come si dirà meglio oltre¹⁷, resta pertanto un elemento imprescindibile nell'analisi del fondamento e dell'ammissibilità della richiesta di tutela cautelare¹⁸.

Nella sua accezione tradizionale, l'assunzione di prove a titolo cautelare mira a raggiungere lo scopo di salvaguardare l'amministrazione di un mezzo di prova, ove questo minacci di scomparire, rispettivamente la sua successiva assunzione ne risulti resa particolarmente difficoltosa¹⁹.

¹² Cfr. n. 20.

¹³ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 4 ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 6 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1019; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC.

¹⁴ KUMMER, *Grundriss*, pagg. 183 -184; HOHL, *Procédure civile*, n. 1216.

¹⁵ Così per i provvedimenti cautelari: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 3 e 151.

¹⁶ Così per i provvedimenti cautelari: SPRECHER, *BSK ZPO*, n. 43 ad art. 262 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 151.

¹⁷ Cfr. n. 222 segg.

¹⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 3.

¹⁹ KUMMER, *Grundriss*, pag. 184; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 141; TREZZINI, *Celerità*, pag. 89; HAFTER, *Strategie*, pag. 381;

- 19 Accanto a tale fine, vi è inoltre quello, conosciuto solo da alcune procedure civili cantonali e ora codificato espressamente nel CPC, di servire un interesse degno di protezione del richiedente, riconoscibile principalmente nella possibilità per quest'ultimo di valutare le chances di successo di un'eventuale causa di merito, evitando di conseguenza l'introduzione di procedimenti inutili²⁰.
- 20 A differenza di quanto in precedenza ricordato con riferimento all'art. 226 cpv. 3 CPC²¹, l'istituto in esame conferisce alle parti un diritto a veder amministrati anticipatamente determinati mezzi di prova, ove le condizioni poste dal legislatore siano adempiute. In altri termini, nel caso in cui una parte presenti una domanda che ossequia alle condizioni legali, il giudice non potrà negare l'attività istruttoria anticipata richiesta. Concettualmente - soprattutto ove estesa anche al caso della mera sussistenza di un interesse degno di protezione, ad esclusione dunque di qualsivoglia necessità di salvaguardia di un mezzo di prova sottoposto a pericolo - l'assunzione di prove a titolo cautelare costituisce un'importante rottura nel principio tradizionale della procedura civile, secondo il quale la fase istruttoria segue quella allegatoria²².
- 21 Tale breccia nella classica struttura del processo civile riveste tuttavia carattere eccezionale, ragione per cui il ricorso all'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare può entrare in linea di conto solo in modo restrittivo; per il resto, anche sotto l'egida del CPC unificato, il diritto delle parti all'amministrazione delle prove deve essere esercitato nello stadio classico del processo dedicato all'istruttoria²³, nuovamente fatta salva la latitudine di giudizio concessa al giudice dall'art. 226 cpv. 3 CPC.

B) Denominazione

- 22 Per quanto attiene alla denominazione utilizzata per riferirsi all'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare, questa dipende in modo importante dalle condizioni a cui i codici di rito cantonali concedevano il ricorso all'istituto in parola.
- 23 Così, in lingua italiana, sino all'avvento del nuovo CPC, i giuristi solevano utilizzare il termine di prova a futura memoria, il quale era strettamente connesso allo scopo dell'istituto in parola, unicamente destinato alla conserva-

HABSCHEID, *Droit judiciaire*, pagg. 430 - 431; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, Vorb.; HOHL, *Procédure civile*, n. 1220.

²⁰ KUMMER, *Grundriss*, pag. 184; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 141; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 4 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Celerità*, pag. 89; HAFTER, *Strategie*, pag. 382; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, Vorb.

²¹ Cfr. n. 15.

²² TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 754.

²³ TF 5A_832/2012, decisione del 25 gennaio 2013, consid. 4.2.1.

zione di mezzi di prova sottoposti a pericolo di scomparsa²⁴. Tale termine è dunque stato sostituito dal legislatore federale con la locuzione assunzione di prove a titolo cautelare.

In lingua francese, il termine tradizionalmente utilizzato è quello di *preuve à futur*²⁵. Tale termine è stato pure ripreso dal legislatore nella nota marginale dell'art. 158 CPC, tuttavia in modo infelice, poiché tale denominazione si scontra con il contenuto della norma stessa, che permette un'assunzione anticipata di prove in ogni momento, e dunque anche dopo la pendenza della causa di merito, ragion per cui la locuzione *à futur* appare non priva d'incoerenza²⁶.

In lingua tedesca esistono invece più termini per definire la procedura in analisi e meglio *Beweissicherung*, *Beweis zum ewigen Gedächtnis*, *vorsorgliche Beweisabnahme* e *vorsorgliche Beweisführung*. I primi due termini sono normalmente utilizzati per descrivere l'assunzione anticipata di un mezzo di prova in caso di messa in pericolo del medesimo (*probatio ad perpetuam rei memoriam*)²⁷, mentre i secondi due hanno il significato generale di assunzione anticipata di una prova, sia questa in pericolo o meno²⁸. Il legislatore federale ha scelto il termine *vorsorgliche Beweisführung*, già utilizzato nel codice di rito bernese, a cui l'istituto qui analizzato si ispira largamente.

C) Scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare

Ai paragrafi precedenti ho indicato i due grandi fini dello strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare, ovvero quello di amministrare dei mezzi di prova esposti a pericolo e quello di servire interessi legittimi del richiedente, in particolare quello di valutare le possibilità di successo di un futuro procedimento di merito.

Tuttavia lo strumento in esame serve invero, direttamente o indirettamente, diversi scopi, che vale la pena di passare velocemente in rassegna, onde sottolineare l'importanza e le potenzialità del medesimo.

²⁴ Art. 446 CPC/TL.

²⁵ HOHL, *Procédure civile*, n. 1216; HABSCHIED, *Droit judiciaire*, pag. 430; cfr. anche capitolo VII CPC/FR, capitolo VI CPC/VD, titolo VII CPC/JU.

²⁶ SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 4 ad art. 158 CPC.

²⁷ KUMMER, *Grundriss*, pag. 183; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, Vorb.

²⁸ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, Vorb., il quale indica tuttavia di utilizzare il termine *vorsorgliche Beweisführung* solo ove il mezzo di prova non sia in pericolo, ciò che tuttavia si scontra con la nota marginale in lingua tedesca scelta dal legislatore per l'art. 158 CPC.

a) *Amministrazione di mezzi di prova esposti a pericolo*

- 28 Come si è già detto, uno scopo tradizionale dell'assunzione di prove a titolo cautelare è quello di amministrare i mezzi di prova esposti a pericolo.
- 29 Tale concetto va inteso nel senso che lo strumento in esame permette di assumere quelle prove che in futuro non potranno più essere amministrate, poiché, per loro natura o per circostanze particolari, soggette a scomparsa o deperimento²⁹. Un esempio emblematico è quello di un immobile difettoso che rischia un crollo imminente, rispettivamente di quel teste che giace sul letto di morte³⁰. Quale esempio di prova che, per sua natura, è soggetta a deperimento, si pensi invece al caso scolastico, indicato da HABSCHEID³¹, di un fruttivendolo a cui viene consegnata dal relativo fornitore una partita di frutta avariata e che, dinanzi alle contestazioni di quest'ultimo, chiede al giudice che un esperto accerti lo stato della merce, prima che questa si deteriori completamente a seguito della maturazione.
- 30 Come meglio si spiegherà più avanti³², il concetto di mezzo di prova esposto a pericolo ha una portata duplice. Da una parte tale pericolo può essere determinato dal rischio che il mezzo di prova in quanto tale vada perso³³ o che la sua qualità probatoria ne risulti ampiamente degradata³⁴. D'altro canto, il pericolo può pure riferirsi alla situazione fattuale che deve essere provata mediante un determinato mezzo di prova, ove questa sia suscettibile di modificarsi, sia questo per un intervento esterno o per cause naturali³⁵.
- 31 Al caso della completa scomparsa o deperimento del mezzo di prova, classicamente, si aggiunge poi la casistica di una sua futura particolare difficoltà di assunzione³⁶. Quale esempio si pensi ad un teste in procinto di partire per

²⁹ HABSCHEID, *Droit judiciaire*, pag. 430; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 141; HOHL, *Procédure civile*, n. 1220.

³⁰ Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687.

³¹ HABSCHEID, *Droit judiciaire*, pag. 431.

³² Cfr. n. 157 segg.

³³ Ad esempio un testimone affetto da morte.

³⁴ Ad esempio un testimone affetto da grave malattia che con il trascorrere del tempo pregiudica sempre più le sue capacità cognitive.

³⁵ Si pensi ad esempio ad un immobile che presenta gravi difetti e minaccia di crollare, ragione per cui lo stesso deve essere celermente riparato. In tal caso non è il mezzo di prova - per esempio la perizia - come tale che rischia di andare perso, bensì la situazione fattuale che deve essere provata che minaccia di modificarsi, ragione per cui un celere accertamento si rivela imprescindibile, pena l'inconcludenza di una prova assunta una volta mutata la fattispecie.

³⁶ HABSCHEID, *Droit judiciaire*, pagg. 430 - 431; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 141; HOHL, *Procédure civile*, n. 1220.

l'estero, ragione per cui una sua futura audizione necessiterebbe di una lunga e costosa rogatoria internazionale³⁷.

b) Valutazione delle probabilità di successo e riduzione dei procedimenti inutili

Accanto allo scopo di amministrazione dei mezzi di prova esposti a pericolo, già alcuni codici di rito cantonali riconoscevano all'assunzione di prove a titolo cautelare il fine di permettere al richiedente di valutare le probabilità di esito favorevole di una futura causa di merito, evitando così l'introduzione di procedimenti inutili e votati all'insuccesso³⁸. 32

Lo strumento dell'assunzione anticipata di prove è dunque pure al servizio dell'economia processuale, nella misura in cui permette un accertamento anticipato di talune fattispecie determinanti ai fini dell'esito di un'eventuale procedura di merito, la quale potrà così, se del caso, essere evitata, ove ne risulti priva di fondamento. Ciò conduce indirettamente pure ad una diminuzione del carico di lavoro dei tribunali, i quali non dovrebbero più essere oberati da procedimenti inutili, nel caso in cui il precedente faccia preventivamente capo allo strumento in narrativa³⁹. 33

Al riguardo occorre tuttavia rilevare come, d'altro canto, nell'istituto in esame sia altresì insito un potenziale decelerante, nella misura in cui il medesimo non permetta di raggiungere lo scopo di evitare la procedura principale. In questo caso, infatti, oltre al frazionamento del litigio in due diverse procedure, con un allungamento dei tempi ed un aumento dei costi, vi è pure la possibilità che sorgano, nel processo di merito, contestazioni ulteriori in relazione all'effettiva utilizzabilità e portata probatoria del mezzo di prova amministrato in via cautelare⁴⁰. In altri termini, l'assunzione di prove a titolo cautelare è uno strumento potenzialmente performante ove il medesimo abbia successo nel suo fine di evitazione delle procedure di merito inutili, mentre nell'insuccesso non va disconosciuto il rischio dell'emergere di ulteriori elementi litigiosi tra le parti. 34

Quanto alla diminuzione del carico di lavoro dei tribunali, mi sembra infine opportuno sottolineare come un tale effetto possa certamente manifestarsi, ritenuto tuttavia che occorre altresì porre sull'altro piatto della bilancia l'aggravio aggiuntivo legato all'evasione delle procedure di assunzione di prove 35

³⁷ HABSCHEID, *Droit judiciaire*, pag. 431; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 2.

³⁸ KUMMER, *Grundriss*, pag. 184; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 141; BERTI, *Einführung*, n. 302; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 225.

³⁹ OGer ZH, LF110116, del 20 dicembre 2011, consid. 2.5; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 72.

⁴⁰ Sul tema cfr. infra n. 743 segg.

a titolo cautelare, il quale non può essere negletto⁴¹. In ogni caso, va fermamente rifiutata l'idea di ribaltare sulle parti l'onere di diminuire il carico di lavoro dei tribunali, facendo capo allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare, il quale deve restare una mera facoltà a cui queste ultime hanno la possibilità, ma non l'obbligo, di ricorrere.

c) *Esortazione alla conclusione di accordi transattivi e semplificazione del processo*

- 36 Oltre ai due scopi principali suindicati, ai quali pure l'art. 158 CPC fa espresso riferimento, l'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare ha anche il pregio di permettere, o perlomeno di facilitare, il componimento amichevole dei litigi attraverso la sottoscrizione di accordi transattivi⁴². Spesso le parti sono impedito nell'addivenire ad un accordo poiché la fattispecie litigiosa necessita di accertamenti di tipo tecnico che esulano dalle competenze e conoscenze delle medesime. In tal caso l'assunzione a titolo cautelare, per esempio, di una perizia, aumenta a non averne dubbio le possibilità, ricevuta la stessa, di trovare una soluzione amichevole alla vertenza⁴³.
- 37 Dal mio punto di vista la possibilità di ricorrere a tale istituto non andrebbe dunque sottovalutata dalla parte che sollecita una determinata tutela giurisdizionale in un ambito che denota delle forti componenti tecniche o scientifiche. In particolare, mi sembra interessante che questa parte, prima di introdurre un'istanza di conciliazione, ricorra allo strumento dell'assunzione anticipata di prove, così da poter accertare quegli aspetti tecnici che, una volta chiariti, possano facilitare l'addivenire ad un accordo transattivo, eventualmente anche in sede di una successiva procedura di conciliazione. L'esperienza insegna, infatti, che spesso il limite di una procedura di conciliazione avente per oggetto fattispecie altamente tecniche e scientifiche, che sfuggono alla competenza del profano, è proprio quello che le parti ed il conciliatore non hanno a disposizione dei riscontri neutri su cui costruire un eventuale accordo⁴⁴.
- 38 A prescindere dalla possibilità di addivenire ad un accordo transattivo, lo strumento in esame è in ogni caso potenzialmente performante con riferimento

⁴¹ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 72.

⁴² DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 71; HAFTER, *Strategie*, pag. 384; HABLÜTZEL, *Schweizerische ZPO*, pag. 299.

⁴³ Sul rapporto e le differenze con lo strumento della perizia di un arbitratore cfr. n. 296 segg.

⁴⁴ Il caso classico è quello del contratto di appalto, ove la conformità di un'opera alle regole dell'arte dipende spesso da fattori altamente tecnici che soltanto un perito è in grado di valutare. In presenza di una tale perizia giudiziaria, la quale ha un determinato valore pure nell'eventuale causa di merito, le parti saranno certamente più predisposte a discutere di un'eventuale possibilità di accordo.

alla possibilità di semplificazione della causa di merito a cui è funzionale⁴⁵. I mezzi di prova assunti nella procedura probatoria indipendente potranno, infatti, a determinate condizioni⁴⁶, essere utilizzati in tale processo principale, dove si provvederà eventualmente ad un loro completamento. Ciò permetterà al giudice del merito di modulare al meglio la procedura principale, secondo l'ampio margine di manovra concessogli dal CPC⁴⁷, decidendo per esempio di emettere un giudizio incidentale su una questione chiarita dalla prova assunta in via cautelare, con gli eventuali complementi necessari disposti in entrata della procedura principale⁴⁸.

Si pensi per esempio al caso in cui, in un litigio riferito a un contratto di appalto, uno dei temi oggetto di maggiore contestazione sia quello della tempestiva notifica di difetti dell'opera lamentati dal committente. Nel caso in cui quest'ultimo decida di postulare l'assunzione di una prova a titolo cautelare su questo tema, per valutare le proprie prospettive processuali - anche se ciò non dovesse permettere di addivenire ad un accordo transattivo con la controparte, poiché ad esempio litigiosi permangono aspetti meramente giuridici - nel successivo processo di merito il giudice avrebbe a disposizione dei riscontri probatori che potrebbero farlo propendere per limitare una prima parte della procedura all'evasione della contestazione in discussione, mediante emanazione di una decisione incidentale. Decisione che potrà fondarsi sulla risultanza istruttoria cautelare e sulle eventuali completazioni istruttorie ritenute necessarie, per esempio assunte in occasione di un'udienza istruttoria. Tutto ciò è suscettibile di condurre ad una semplificazione della procedura, la quale potrebbe finanche terminare con l'emanazione del giudizio incidentale; oppure quest'ultimo potrebbe favorire, a quello stadio del processo - evaso uno dei principali punti litigiosi - il componimento amichevole della lite. 39

Quale altro esempio si pensi a quel lavoratore che ritiene di vantare, in forza ad un contratto di lavoro, una serie di pretese salariali di diverso genere a titolo di ore straordinarie, vacanze non godute e diritto ad una provvigione e decide di sollecitare l'assunzione di una prova a titolo cautelare mirata a valutare le possibilità di esito favorevole della sua richiesta. Ove dalle prove assunte in via anticipata emergesse che il diritto alla provvigione non sarebbe dato nel caso specifico, egli potrebbe rinunciare ad una parte della sua pretesa materiale soggiacente alla sua domanda di tutela giurisdizionale cautelare. Il processo principale ne risulterebbe così sgravato e semplificato. Questo esempio permette altresì di comprendere come, in alcuni casi, il confine tra i concetti di 40

⁴⁵ HAFTER, *Strategie*, pag. 384; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 71; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 141; PASSADELIS, *ZPO*, n. 1 ad art. 158 CPC.

⁴⁶ Sul tema cfr. infra n. 743 segg.

⁴⁷ Art. 125 CPC.

⁴⁸ Art. 226 cpv. 3 CPC.

semplificazione ed evitazione della causa principale sia labile: la semplificazione del processo principale è qui connessa alla rinuncia ad una parte della pretesa di merito e dunque, in definitiva, all'evitazione della procedura principale con riferimento a quella parte dell'oggetto litigioso.

- 41 Non va tuttavia, anche in tale contesto, disconosciuto che l'assunzione di prove a titolo cautelare non può essere elevata a sorta di arma miracolosa nella semplificazione dei procedimenti civili. Se in alcuni casi, come dianzi descritto, questa può certamente permettere una modulazione migliore del processo principale, è altresì vero che in tale strumento può celarsi pure un potenziale di complicazione della procedura principale. Il caso classico, già in precedenza accennato⁴⁹, è quello in cui, dopo l'assunzione di una o più prove a titolo cautelare, nel processo di merito sorgano contestazioni tra le parti sulla questione a sapere se tali prove possano essere utilizzate in quella sede o quale sia la loro valenza e portata, in particolare ove dall'istruttoria di merito siano emersi riscontri di segno opposto. In tal caso, è chiaro che gli aspetti litigiosi tra le parti, su cui il giudice dovrà poi esprimersi in sentenza di merito, risultano aggravati ed accresciuti.
- 42 Riassumendo quanto esposto, per quanto riguarda il potenziale di semplificazione della causa di merito, grazie all'assunzione di prove a titolo cautelare, occorre manifestare una certa prudenza. Se, dal mio punto di vista, la possibilità di semplificare il processo principale mediante l'assunzione di prove a titolo cautelare non può essere negata, l'esempio qui sopra evocato permette di ben comprendere come, in alcuni casi, esista una potenziale seconda faccia della medaglia, di cui la parte che si avvale dello strumento in discussione deve sempre tenere conto nella valutazione ponderata dell'opportunità di sollecitare la tutela giurisdizionale concessa dall'art. 158 CPC.

II. Distinzioni

- 43 L'assunzione di prove a titolo cautelare va chiaramente distinta da due strumenti specifici dei vari diritti cantonali, noti a chi pratica il diritto e che, di principio, continuano ad essere operanti parallelamente all'art. 158 CPC. Si tratta dell'*Amtlicher Befund*, conosciuto da numerosi codici di rito dei cantoni germanofoni e del rapporto del perito comunale degli immobili locativi, importante strumento conosciuto nel Canton Ticino nell'ambito delle vertenze di diritto locativo.

⁴⁹ Cfr. n. 34.

1. L' *Amtlicher Befund*

L' *Amtlicher Befund* era un istituto conosciuto da diversi codici di diritto processuale dei cantoni germanofoni⁵⁰, che permetteva di richiedere all'autorità, indipendentemente da una messa in pericolo del mezzo di prova in questione, l'accertamento di determinate circostanze di fatto, nella misura in cui ciò non necessitasse di specifiche conoscenze tecniche⁵¹. L'autorità preposta variava a dipendenza dei cantoni, ma non si trattava ad ogni modo di un'autorità giudiziaria⁵². Il verbale rimesso dall'autorità in questione assurgeva a documento pubblico con la relativa forza probatoria accresciuta⁵³. 44

Più precisamente, tale istituto può essere definito come l'accertamento protocollare di uno stato di fatto percettibile, di regola nell'ottica di un'eventuale futura procedura giudiziaria⁵⁴. Un classico caso di applicazione è quello dell'accertamento dello stato di un ente locato al momento della sua riconsegna⁵⁵. 45

Dopo l'entrata in vigore del nuovo CPC unificato, alcuni cantoni hanno deciso di mantenere lo strumento dell' *Amtlicher Befund*, parallelamente all'assunzione di prove a titolo cautelare prevista dall'art. 158 CPC⁵⁶. Alcuni autori criticano questa soluzione, rilevando come la materia dell'assunzione anticipata di prove sarebbe esaustivamente regolata dal CPC, ragione per cui non vi sarebbe più spazio per un istituto che permette l'assunzione di prove senza che siano adempiute le condizioni di cui alla norma in questione⁵⁷. 46

Dal mio punto di vista, lo strumento dianzi descritto si distingue chiaramente da quello dell'assunzione di prove a titolo cautelare nella misura in cui, a differenza del secondo, non viene ordinato dal giudice nell'ambito di una procedura giudiziaria. Di conseguenza, i risultati di tale indagine assurgono a meri documenti - seppur con un valore probatorio accresciuto, dettato dalla loro qualità di documento pubblico - ma non sono comunque parificabili, per esempio, alla perizia giudiziaria. D'altro canto, l'allestimento di un *Amtlicher* 47

⁵⁰ Cfr. per esempio art. 234 CPC/ZH e art. 215 CPC/AG.

⁵¹ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 31 ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 36 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 12 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. I.

⁵² Per esempio: *Gemeindeammann* nel Canton Zurigo (art. 234 CPC/ZH), Ufficiale di esecuzione nel Canton Argovia (art. 215 CPC/AG).

⁵³ Art. 179 CPC; art. 9 CC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 12 ad art. 158 CPC.

⁵⁴ HAUSER/SCHWERI/LIEBER, *GOG Kommentar*, n. 1 ad art. 143 GOG/ZH.

⁵⁵ HAUSER/SCHWERI/LIEBER, *GOG Kommentar*, n. 2 ad art. 143 GOG/ZH; FRANK/STRÄUL/MESSMER, *Zürcherische ZPO*, § 234, n. 1.

⁵⁶ Per esempio il Canton Zurigo: cfr. art. 143 GOG/ZH.

⁵⁷ MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 31; HABLÜTZEL, *Schweizerische ZPO*, nota 30; STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 63.

Befund non presuppone delle conoscenze tecniche particolari, a differenza invece dell'allestimento di un referto peritale nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare⁵⁸. Pure la procedura risulta più semplice ed informale, nella misura in cui l'autorità preposta deve unicamente garantire alla controparte il diritto di essere sentita e di partecipare all'assunzione della prova⁵⁹. In tali circostanze mi sembra giustificato ritenere che i due istituti mirino a regolare aspetti diversi, ragione per cui una loro convivenza non mi pare debba essere di principio esclusa⁶⁰.

2. Il rapporto del perito comunale degli immobili locativi

- 48 Un'istituzione analoga a quella dell'*Amtlicher Befund*, tuttavia con applicazione limitata ai contenziosi in materia di locazione di locali d'abitazione e commerciali e di affitto, è da tempo conosciuta dai giuristi ticinesi. Giusta gli artt. 12 e 13 LALCA/TI ogni comune designa, infatti, un perito degli immobili ed un supplente per prestare consulenza e effettuare constatazioni nell'ambito dei rapporti locativi, i quali intervengono su richiesta di locatori, conduttori e degli Uffici di conciliazione in materia di locazione.
- 49 Il rapporto redatto da tali periti comunali assume la forza probante di un documento pubblico⁶¹ ed è dunque un importante mezzo di prova nell'ambito di un'eventuale causa di merito in materia locativa.
- 50 Tale strumento, come l'*Amtlicher Befund*, non soggiace alle condizioni di cui all'art. 158 CPC, il ricorso al medesimo non necessitando l'intervento di un'autorità giudiziaria. Lo stesso convive dunque parallelamente all'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare, avendo scopi e portata in parte diversi, come in precedenza già ricordato con riferimento all'analogo strumento conosciuto dai codici di rito dei cantoni germanofoni.

3. Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare

- 51 Come si è già dianzi indicato, gli strumenti dell'*Amtlicher Befund* e del rapporto del perito comunale degli immobili locativi si distinguono sotto più punti di vista dall'assunzione di prove a titolo cautelare. In primo luogo questi istituti non vengono messi in opera in un procedimento civile a tutti gli effetti, la loro applicazione non essendo di competenza del giudice civile, bensì di specifiche

⁵⁸ HAUSER/SCHWERI/LIEBER, *GOG Kommentar*, n. 2 ad art. 143 GOG/ZH; FRESE/KOBEL, *Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht*, pag. 96; ZR 79/1980, 187.

⁵⁹ HAUSER/SCHWERI/LIEBER, *GOG Kommentar*, n. 4 ad art. 143 GOG/ZH.

⁶⁰ Così anche: FRESE/KOBEL, *Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht*, pag. 96.

⁶¹ II CCA TI, 12.1996.180, del 30 gennaio 1997, consid. 2.2; HIGI, *ZK OR*, n. 121 ad art. 267 CO.

autorità designate dal diritto cantonale. Per tale ragione le norme procedurali del CPC non sono interamente applicabili, fatto salvo il diritto di essere sentita della controparte. In second'ordine, accertamenti di questo genere non necessitano di conoscenze specifiche particolari, ragione per cui il risultato ottenuto nemmeno è comparabile alla perizia giudiziaria, ma assurge a mero documento, seppur dotato della forza probatoria accresciuta dei documenti pubblici⁶², la cui portata non va in ogni caso negletta nell'ottica dell'eventuale futura causa di merito.

Visto quanto esposto, secondo l'opinione qui sostenuta, si tratta di strumenti complementari che convivono l'uno accanto all'altro. La scelta se ricorrere alla procedura più semplice ed economica dell'*Amtlicher Befund*, rispettivamente del rapporto del perito comunale degli immobili locativi⁶³, o a quella più dispendiosa dell'assunzione di prove a titolo cautelare, dipende in larga misura dalle specifiche necessità del richiedente, nonché dalla tipologia di accertamento a cui questi aspira, come pure, non da ultimo, dal carattere tecnico o meno della verifica richiesta. A titolo di esempio, se per l'accertamento del danneggiamento di un piano cucina da esperirsi al momento della riconsegna di un appartamento, l'intervento di un perito comunale sarà di principio sufficiente, per la verifica della vasta presenza di muffa nel medesimo e delle sue cause sarà di contro spesso più opportuno fare capo, prima di provvedere all'eliminazione del problema, ad un perito esperto della questione, nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare.

Interessante è infine la questione a sapere se il ricorso a uno degli strumenti sopra descritti precluda, in un secondo tempo, la possibilità di richiedere l'assunzione di una prova a titolo cautelare, per esempio una perizia. La risposta deve, dal mio punto di vista, essere negativa. Questo principalmente per il fatto che il ricorso ai diversi istituti sfocia in un prodotto probatorio diverso, sia da un punto di vista della sua qualità probatoria, che da quello della sua ampiezza. Il semplice accertamento a protocollo di uno stato di fatto non può essere paragonato, per esempio, ad un referto peritale, il quale ha una portata più ampia e viene allestito da una persona avente specifiche conoscenze tecniche e che risponde a puntuali domande con le comminatorie di rito in caso di falsa perizia. La non esclusività dei diversi strumenti in esame vale, dal mio punto di vista, sia nel caso in cui la parte che vi fa capo miri in un secondo tempo, appellandosi all'art. 158 CPC, all'amministrazione di mezzi di prova esposti a pericolo, sia ove la medesima intenda valutare le proprie prospettive processuali. Nel primo caso, l'ampiezza e la portata di una perizia, anche laddove meramente sommaria, non può, infatti, essere confusa con il mero accertamento di uno stato di fatto a cura di persona non avente per forza di cose le necessarie competenze

⁶² Art. 9 CC.

⁶³ In questo caso va pure ricordato che lo strumento entra in linea di conto solo in controversie in materia di locazione di locali d'abitazione e commerciali e di affitto.

tecniche. Stesso discorso vale poi nel secondo caso, ritenuto come un tale accertamento non può essere, a mio parere, ritenuto sufficiente per valutare le prospettive di un processo di merito e per negare dunque al richiedente la possibilità di chiedere l'allestimento di un referto peritale.

III. Evoluzione storica

1. In generale

- 54 Prima dell'entrata in vigore del CPC unificato, l'assunzione anticipata delle prove era regolata dai vari codici di rito cantonale in modo in parte difforme. Alcuni di questi conoscevano, infatti, soltanto un tale istituto in caso di messa in pericolo di un mezzo di prova, ovvero la classica *probatio ad perpetuam rei memoriam*. Altri cantoni concedevano invece una possibilità più ampia di ricorrere a tale strumento, anche in assenza di un simile pericolo di scomparsa della prova. Qui di seguito verranno dunque ripercorse le diverse soluzioni previste dal diritto cantonale previgente. Ci si concentrerà poi su quanto disponeva il CPC/TI, nonché sull'assunzione di prove a titolo cautelare del CPC/BE, alla quale l'attuale art. 158 CPC è largamente ispirato⁶⁴.

2. Situazione secondo i diversi codici di rito cantonali

- 55 Come detto, i codici di rito cantonali potevano essere classificati in due grandi categorie, ovvero quelli che conoscevano soltanto l'assunzione anticipata di quelle prove a rischio di scomparsa e quelli che invece, eventualmente e limitatamente ad alcuni mezzi di prova, permettevano di procedere alla relativa amministrazione indipendentemente da una procedura principale anche in assenza di un tale pericolo.

A) In caso di rischio di perdita del mezzo di prova

- 56 Nel caso in cui un mezzo di prova fosse soggetto a pericolo di scomparsa o la sua futura amministrazione ne risultasse ampiamente più difficoltosa, tutti i previgenti codici di procedura civile cantonale⁶⁵ concedevano, seppur con

⁶⁴ FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 102; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. IV nota 42.

⁶⁵ Cfr. art. 209 CPC/AG; art. 254 CPC/AI; art. 229 CPC/AR; art. 222 CPC/BE; art. 190 CPC/BL; artt. 131 e 156 CPC/BS; art. 261 CPC/FR; artt. 250 e 323 CPC/GE; art. 209 CPC/GR; art. 237 CPC/GL; art. 220 CPC/JU; art. 228 CPC/LU; art. 288 CPC/NE; art. 218 CPC/NW; art. 251 CPC/OW; art. 199 CPC/SG; art. 308 CPC/SH; art. 268 CPC/SO; art. 185 CPC/SZ; art. 170 CPC TG; art. 446 CPC/TI; art. 182 CPC/UR; art. 248 CPC/VD; art. 159 CPC/VS; art. 129 CPC/ZG; art. 231 CPC/ZH.

modalità in parte leggermente diverse, la possibilità di assicurare il medesimo, provvedendo alla sua assunzione anticipata⁶⁶.

Il richiedente doveva dunque rendere verosimile che una successiva assunzione del mezzo di prova fosse impossibile o molto più difficoltosa⁶⁷. 57

Quanto ai mezzi di prova la cui assunzione era possibile, i vari cantoni conoscevano soluzioni diverse, alcuni non ponendo alcun limite⁶⁸, mentre altri circoscrivendo tale istituto ad alcuni mezzi di prova, ad esclusione in particolare della deposizione di parte⁶⁹. Parimenti, la procedura applicabile a tale strumento differiva a dipendenza dei vari cantoni, alcuni prevedendo una procedura contraddittoria⁷⁰, mentre altri no⁷¹. 58

B) In assenza di rischio di perdita del mezzo di prova

In assenza di una messa in pericolo del mezzo di prova, l'assunzione anticipata del medesimo era di contro concessa soltanto da alcuni diritti processuali cantonali. 59

In particolare, nel Canton Berna, l'assunzione anticipata di prove mirava, oltre all'assicurazione dei mezzi di prova in pericolo, al chiarimento delle possibilità di esito favorevole di una futura causa di merito⁷² ed era così possibile alla sola condizione di rendere verosimile un interesse giuridico all'assunzione del mezzo di prova in questione⁷³. L'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare prevista dal diritto processuale bernese verrà approfondito oltre⁷⁴, stante la sua importanza con riferimento all'attuale art. 158 CPC. 60

⁶⁶ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. I; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 938.

⁶⁷ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 937; FRANK/STRÄULI/MESSMER, *Zürcherische ZPO*, § 231, n. 2; COCCHI/TREZZINI, *CPC-TI*, n. 3 ad art. 446 CPC/TI; STAEHELIN/SUTTER, *Zivilprozessrecht BS-BL*, pag. 183.

⁶⁸ Cfr. per esempio: art. 446 CPC/TI; art. 261 CPC/FR; art. 199 CPC/SG.

⁶⁹ Cfr. per esempio: art. 248 CPC/VD; FRANK/STRÄULI/MESSMER, *Zürcherische ZPO*, § 231, n. 3; STAEHELIN/SUTTER, *Zivilprozessrecht BS-BL*, pag. 183; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 2b ad art. 222 CPC/BE.

⁷⁰ Cfr. per esempio: art. 224 CPC/BE; art. 133 CPC/BS; art. 264 CPC/FR; art. 448 CPC/TI.

⁷¹ Cfr. per esempio: art. 233 CPC/ZH; art. 191 CPC/BL; art. 230 CPC/AR; art. 239 CPC/GL; art. 187 CPC/SZ.

⁷² LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 1a ad art. 222 CPC/BE; WALDMANN, *Informationsbeschaffung*, pag. 292.

⁷³ Art. 227 CPC/BE; BERGER/GÜNGERICH, *Zivilprozessrecht*, pag. 242; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 938.

⁷⁴ Cfr. infra n. 71 - 74.

- 61 Una regolamentazione identica a quella bernese era prevista nel Canton Giura, che ha ripreso i contenuti del relativo codice di rito nel proprio diritto processuale civile⁷⁵.
- 62 Quanto al Canton Basilea Città, il relativo codice di rito prevedeva la possibilità di assumere anticipatamente una perizia o di esperire un'ispezione oculare, ove ciò permettesse di evitare o semplificare un futuro processo di merito⁷⁶.
- 63 Nel Cantone di Basilea Campagna un'assunzione anticipata di prove senza messa in pericolo delle stesse entrava in linea di conto solo ove mirasse a provare delle future pretese in materia di responsabilità civile⁷⁷.
- 64 Nei cantoni di Vaud e Friburgo era possibile ottenere l'esperimento anticipato di una perizia, se la parte interessata rendeva verosimile un suo interesse legittimo⁷⁸, rispettivamente ove la stessa portasse su fatti da invocare in un processo pendente o futuro⁷⁹.
- 65 Infine, nel Canton San Gallo, la legge concedeva unicamente la possibilità di assumere anticipatamente i mezzi di prova sottoposti a pericolo di scomparsa⁸⁰. Tuttavia, con l'accordo di tutte le parti, si soleva ammettere una domanda finalizzata ad assumere anticipatamente delle prove anche in assenza di tale rischio, a condizione che ciò permettesse di addivenire ad un accordo transattivo evitando una procedura di merito⁸¹.

3. La prova a futura memoria nel CPC/TI

- 66 L'assunzione anticipata di mezzi di prova era regolata dal codice di procedura civile ticinese agli artt. 446 - 450 CPC/TI. Tali norme permettevano l'assunzione di prove a futura memoria e miravano alla mera assicurazione delle stesse.

⁷⁵ Art. 220 CPC/JU; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 938.

⁷⁶ Art. 156 cpv. 1 CPC/BS; STAEHELIN/SUTTER, *Zivilprozessrecht BS-BL*, pag. 183; WALDMANN, *Informationsbeschaffung*, pag. 292; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. I; SJZ 47 (1951), pag. 279.

⁷⁷ Art. 190 cpv. 2 CPC/BL; STAEHELIN/SUTTER, *Zivilprozessrecht BS-BL*, pag. 183; WALDMANN, *Informationsbeschaffung*, pag. 292.

⁷⁸ Art. 249 CPC/VD; PLOUDRET/HALDY/TAPPY, *Procédure vaudoise*, n. 1 ad art. 249 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 939; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. I.

⁷⁹ Art. 261 cpv. 1 CPC/FR; WALDMANN, *Informationsbeschaffung*, pag. 292; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 939.

⁸⁰ Art. 199 cpv. 1 CPC/SG.

⁸¹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *ZPO SG*, n. 1b ad art. 199 CPC; WALDMANN, *Informationsbeschaffung*, pag. 292.

La condizione necessaria per ordinare una prova a futura memoria era dunque quella, per il richiedente, di rendere verosimile un rischio di non poter più assumere posteriormente detta prova, rispettivamente che la sua assunzione si rivelasse poi particolarmente difficile⁸². Oltre a ciò la fattispecie doveva denotare urgenza di procedere all'assunzione immediata del mezzo di prova in questione⁸³.

Il codice di rito ticinese non conosceva una limitazione dei mezzi di prova assumibili a futura memoria, i quali venivano assunti in modalità identiche a quelle applicabili nella procedura di merito⁸⁴. I mezzi di prova amministrati a futura memoria avevano dunque la medesima portata probatoria di quelli successivamente amministrati nel procedimento di merito, ritenuto che una riassunzione in tale contesto, ove possibile, non era tuttavia esclusa⁸⁵.

La prova a futura memoria veniva concessa, salvo casi eccezionali di estrema urgenza, dopo aver riconosciuto alla controparte il diritto al contraddittorio⁸⁶. In tutti i casi la parte convenuta doveva poi vedersi garantito il suo diritto a partecipare all'assunzione della prova⁸⁷.

Quanto al regime di impugnazione delle decisioni in materia di prova a futura memoria, il CPC/TI prevedeva che la decisione che ammetteva la domanda non fosse impugnabile⁸⁸, mentre la decisione che la respingeva era impugnabile mediante appello solo nel caso in cui la causa di merito a cui si riferiva la domanda di assunzione anticipata del mezzo di prova fosse appellabile. Contro le decisioni, fossero esse positive o negative, emanate dai pretori quale istanza unica e dai giudici di pace, non era dunque aperto alcun rimedio giuridico⁸⁹.

4. L'assunzione di prove a titolo cautelare nel CPC/BE

Il codice di procedura civile bernese conosceva lo strumento della *vorsorgliche Beweisführung*, disciplinato agli artt. 222 - 228 CPC/BE. Tali norme permettevano l'assunzione anticipata di uno o più mezzi di prova, fosse pendente o meno

⁸² COCCHI/TREZZINI, *CPC-TI*, n. 3 e 4 ad art. 446 CPC/TI; I CCA TI, 11.1996.119, del 26 settembre 1996, consid. 5.

⁸³ COCCHI/TREZZINI, *CPC-TI*, n. 2 ad art. 446 CPC/TI.

⁸⁴ Art. 449 cpv. 1 CPC/TI.

⁸⁵ Art. 449 cpv. 2 CPC/TI; COCCHI/TREZZINI, *CPC-TI*, n. 1 ad art. 449 CPC/TI.

⁸⁶ Art. 448 CPC/TI.

⁸⁷ Art. 448 CPC/TI.

⁸⁸ COCCHI/TREZZINI, *CPC-TI*, n. 1 ad art. 451 CPC/TI.

⁸⁹ COCCHI/TREZZINI, *CPC-TI*, n. 2 ad art. 451 CPC/TI.

un procedimento di merito⁹⁰, anche in assenza di una messa in pericolo dei medesimi⁹¹.

- 72 Quale unica condizione, per ammettere la domanda dell'istante, il codice di rito in questione presupponeva la sussistenza di un interesse giuridico che il richiedente doveva rendere verosimile⁹², eccezione fatta per l'assunzione anticipata di un interrogatorio di parte, il quale presupponeva invece il rischio di non potervi più procedere nella causa di merito⁹³. Un interesse giuridico era in particolare da riconoscere ove l'assunzione anticipata del mezzo di prova mirasse a chiarire le possibilità di esito favorevole di un futuro eventuale processo di merito⁹⁴ e riguardasse fatti utili a fondare o a difendersi da una pretesa nel medesimo⁹⁵.
- 73 L'assunzione anticipata era possibile, con la precisazione dianzi menzionata riferita all'interrogatorio di parte, per tutti i mezzi di prova previsti dal codice di rito, eccezione fatta per la deposizione di parte⁹⁶. L'assunzione anticipata di un mezzo di prova non ne precludeva tuttavia la riassunzione nel procedimento di merito⁹⁷.
- 74 Da un punto di vista procedurale l'assunzione della prova veniva disposta, salvo casi di rischio acuto di scomparsa della stessa⁹⁸, previa concessione del diritto di essere sentita alla controparte⁹⁹.

IV. Breve analisi di diritto comparato

- 75 Qui di seguito verrà brevemente esposto il funzionamento dello strumento dell'assunzione anticipata di prove nei principali ordinamenti giuridici degli stati attornianti la Confederazione. Per esigenze di brevità si è deciso di limitare tale breve analisi al diritto italiano, a quello francese, a quello tedesco ed a quello austriaco. A ciò si aggiunge una succinta presentazione del sistema di assunzione probatoria anticipata conosciuta nei paesi anglosassoni, i quali

⁹⁰ Cfr. art. 223 CPC/BE.

⁹¹ Cfr. art. 222 CPC/BE.

⁹² Art. 227 CPC/BE; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 1a e 1b ad art. 227 CPC/BE.

⁹³ Art. 222 CPC/BE; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 2a ad art. 222 CPC/BE.

⁹⁴ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 1a ad art. 222 CPC/BE.

⁹⁵ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 1b ad art. 222 CPC/BE.

⁹⁶ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 2b ad art. 222 CPC/BE.

⁹⁷ Art. 228 CPC/BE.

⁹⁸ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 3 ad art. 224 CPC/BE.

⁹⁹ Art. 224 CPC/BE.

prevedono degli strumenti specifici e difforni da quelli noti sul continente europeo.

1. Diritto italiano

Nel diritto processuale civile italiano l'assunzione anticipata di un mezzo di prova è codificata agli artt. 692 - 699 CPC-It, i quali trattano dei procedimenti d'istruzione preventiva. Tale tipologia di procedimento è inserita nel capitolo dedicato ai provvedimenti cautelari, al quale la medesima procedura è di principio applicabile¹⁰⁰. In caso di eccezionale urgenza il giudice può pure procedere senza il coinvolgimento preventivo della parte avversa all'assunzione del mezzo di prova in discussione¹⁰¹. 76

L'istruzione preventiva può essere richiesta prima o anche in pendenza della causa di merito¹⁰². La stessa non permette tuttavia l'assunzione generalizzata di ogni mezzo di prova ammesso nel rito civile italiano¹⁰³, ma si riferisce soltanto all'audizione di testimoni¹⁰⁴, all'accertamento tecnico e all'ispezione giudiziale¹⁰⁵. 77

L'ammissione della domanda d'istruzione preventiva presuppone che il richiedente renda verosimile l'esistenza di un *periculum in mora*, ovvero che il mezzo di prova non potrà verosimilmente più essere assunto nello stadio preposto del procedimento di merito¹⁰⁶. Il precedente dovrà inoltre rendere verosimile il c.d. *fumus boni iuris*, inteso come l'aderenza del mezzo istruttorio alla materia del contendere, ovvero la rilevanza del mezzo di prova e l'esistenza di una situazione potenzialmente in grado di generare una pretesa di tutela giurisdizionale in un futuro processo di merito¹⁰⁷. 78

¹⁰⁰ TARUFFO, *Prova nel processo civile*, pag. 185; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *Processo civile*, pag. 79.

¹⁰¹ Art. 697 CPC-It; GRUBER, *Beweise und Beweissicherungsgrundsätze*, pag. 134; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *Processo civile*, pag. 81.

¹⁰² Art. 699 CPC-It; TARUFFO, *Prova nel processo civile*, pag. 195.

¹⁰³ TARUFFO, *Prova nel processo civile*, pag. 172; SALVANESCHI, *Istruzione preventiva*, pag. 803.

¹⁰⁴ Art. 692 CPC-It; TARUFFO, *Prova nel processo civile*, pag. 171.

¹⁰⁵ Art. 696 CPC-It; TARUFFO, *Prova nel processo civile*, pag. 171; TRAMONTANO, *Codice di procedura civile*, pag. 1347.

¹⁰⁶ TARUFFO, *Prova nel processo civile*, pag. 186; BARRECA, *Provvedimenti di istruzione preventiva*, pag. 16; GRUBER, *Beweise und Beweissicherungsgrundsätze*, pag. 134; CONTE, *Prove civili*, pag. 601; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, pag. 268; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *Processo civile*, pag. 79.

¹⁰⁷ TARUFFO, *Prova nel processo civile*, pag. 192; CONTE, *Prove civili*, pag. 599; BARRECA, *Provvedimenti di istruzione preventiva*, pag. 20; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, pag. 268.

- 79 Nel codice di rito italiano l'assunzione anticipata di un mezzo di prova necessita dunque la prova di verosimiglianza del rischio di sparizione del medesimo. Un'assunzione anticipata in caso d'interesse degno di protezione ed in particolare per valutare le possibilità di esito favorevole della futura causa di merito, è per contro esclusa.
- 80 Unica particolarità ed eccezione alla necessità di sussistenza di un *periculum in mora* è costituita dall'art. 696bis CPC-It¹⁰⁸ - introdotto nella legge con effetto al 1. marzo 2006 - che costituisce uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie e non assurge dunque a vero e proprio provvedimento cautelare¹⁰⁹. Tale norma consente l'assunzione di una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ed ha la specificità per cui è lo stesso consulente tecnico nominato dal giudice a tentare una conciliazione tra le parti¹¹⁰. In caso di mancata conciliazione la relazione tecnica può essere, su richiesta di parte, acquisita agli atti del processo di merito¹¹¹.
- 81 I mezzi di prova assunti in fase d'istruzione preventiva possono essere acquisiti nel processo di merito, a condizione che il giudice dichiari preventivamente la loro ammissibilità¹¹². L'acquisizione dei mezzi di prova in discussione non preclude tuttavia la possibilità di riassumere i medesimi nel processo principale¹¹³.

2. Diritto francese

- 82 Nel diritto processuale civile francese l'istituto dell'assunzione anticipata di prove è da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza, sebbene lo stesso sia stato esplicitamente inserito nella legge soltanto con l'introduzione del nuovo Codice di procedura civile nel 1973¹¹⁴. Attualmente questo strumento, denominato *mesures d'instruction in futurum*¹¹⁵, è codificato all'art. 145 CPC-Fr, il quale prevede che *"s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé"*.

¹⁰⁸ BESSO, *Prova prima del processo*, pagg. 10 - 12.

¹⁰⁹ BARRECA, *Provvedimenti di istruzione preventiva*, pag. 188.

¹¹⁰ COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *Processo civile*, pag. 82.

¹¹¹ TRAMONTANO, *Codice di procedura civile*, pag. 1354.

¹¹² Art. 698 CPC-It; GRUBER, *Beweise und Beweissicherungsgrundsätze*, pag. 134.

¹¹³ Art. 698 CPC-It.

¹¹⁴ DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 109.

¹¹⁵ Oltre a tale denominazione ne vengono pure utilizzate altre quali: *mesure d'instruction à titre principal*, *mesure d'instruction à futur*, *mesure d'instruction préventive*, *référé probatoire*, *référé preventif*.

Tale norma permette l'assunzione dei mezzi di prova ammessi dal codice di rito prima della pendenza della causa di merito, a condizione che il richiedente renda verosimile un motivo legittimo¹¹⁶, ovvero, in altri termini, un suo interesse legittimo all'assunzione di tale prova¹¹⁷. Un interesse eventuale o probatorio è sufficiente¹¹⁸. Di contro, il requisito dell'urgenza non deve essere adempiuto¹¹⁹. Una tale assunzione anticipata di un mezzo di prova ha dunque quale scopo di migliorare la situazione probatoria del richiedente, evitando la perdita di un mezzo di prova, rispettivamente di porre il medesimo nella situazione di poter meglio valutare le sue possibilità di esito favorevole nel futuro processo di merito¹²⁰.

Ove sussistano delle specifiche circostanze che giustifichino il mancato preventivo coinvolgimento della controparte nella procedura, il giudice può prescindere dalla sua informazione garantendo l'effetto sorpresa del provvedimento¹²¹, che va in questo caso richiesto nella forma della *requête*¹²². In caso contrario la procedura è contraddittoria e la domanda va trattata nella forma del *référé*¹²³.

L'art. 145 CPC-Fr non trova invece applicazione nel caso in cui la causa di merito tra le parti sia già pendente¹²⁴. In tal caso il giudice adito ha tuttavia la possibilità di assumere anticipatamente dei mezzi di prova ove ciò sia giustificato da una necessità di celerità del procedimento¹²⁵.

¹¹⁶ DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 115; LARGUIER/CONTE, *Procédure civile*, pag. 39.

¹¹⁷ Cass. Civ. 1, del 12 maggio 1993, Bull. n. 166; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 116.

¹¹⁸ DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 115; GUINCHARD, *Droit et pratique*, n. 111.81.

¹¹⁹ Cass. Civ. 1, del 9 febbraio 1983, Bull. n. 56; Cass. Com., del 25 ottobre 1983, Bull. n. 275; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 114; salvo in caso di rinuncia al contraddittorio: GUINCHARD, *Droit et pratique*, n. 111.133.

¹²⁰ DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 115.

¹²¹ Cfr. anche artt. 812, 851 e 875 CPC-Fr.

¹²² Cass. Civ. 2, del 5 giugno 1985, Bull. n. 111; Cass. Civ. 2, del 23 novembre 1994, Bull. n. 241; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 120.

¹²³ DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 119; GUINCHARD, *Droit et pratique*, n. 111.132.

¹²⁴ Cass. Com., del 11 maggio 1993, Bull. n. 185; Cass. Civ. 2, del 2 aprile 1990, Bull. n. 69; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 112; GUINCHARD, *Droit et pratique*, n. 111.71.

¹²⁵ Artt. 144, 158 e 159 CPC-Fr; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 112.

3. Diritto tedesco

- 86 Per quanto attiene al diritto processuale tedesco, questo prevede la possibilità di assumere, su richiesta di parte, alcuni mezzi di prova in via anticipata. Si tratta dell'esperimento di un sopralluogo, dell'audizione di testimoni e dell'allestimento di un referto peritale¹²⁶, ad esclusione, in particolare, dell'interrogatorio o della deposizione di una parte¹²⁷.
- 87 Una tale assunzione di prove a titolo indipendente può avvenire sia prima che in pendenza di un processo di merito¹²⁸, a condizione che la controparte vi acconsenta, rispettivamente che l'istante renda verosimile il rischio di perdita del mezzo di prova o una difficoltà di assunzione successiva del medesimo¹²⁹.
- 88 Prima della pendenza della procedura di merito¹³⁰, l'assunzione anticipata di un referto peritale è pure possibile ove l'istante renda verosimile un suo interesse giuridico all'accertamento dello stato di una persona, rispettivamente dello stato o del valore di una cosa, della causa di un pregiudizio a cose o persone o di un difetto di una cosa, oppure del costo di eliminazione di un danno a cose o persone o di un difetto di una cosa¹³¹. Un tale interesse giuridico è in particolare dato ove l'accertamento richiesto miri ad evitare una procedura giudiziaria¹³².
- 89 In tutti i casi l'istante dovrà pure, nella propria domanda, descrivere in modo circostanziato la fattispecie oggetto di prova e questo per evitare la c.d. *Ausforschungsbeweis*¹³³.
- 90 Quanto alla procedura con cui viene decisa la domanda di assunzione di prove del richiedente, alla controparte deve di principio essere garantito il diritto di essere sentita, salvo casi in cui una particolare urgenza o la necessità di non

¹²⁶ Art. 485 cpv. 1 CPC-De; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 31.

¹²⁷ DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 31.

¹²⁸ Art. 485 cpv. 1 CPC-De; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 25; AHRENS, *ZPO*, n. 17 ad art. 485 CPC-De.

¹²⁹ Art. 485 cpv. 1 CPC-De; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 29; ULRICH, *Selbständiges Beweisverfahren*, pag. 22; AHRENS, *ZPO*, n. 28 segg. ad art. 485 CPC-De; HERGET, *Zöller ZPO*, n. 1 ad art. 485 CPC-De; BALZER, *Beweisaufnahme*, pag. 190.

¹³⁰ ULRICH, *Selbständiges Beweisverfahren*, pag. 26; AHRENS, *ZPO*, n. 40 ad art. 485 CPC-De; HERGET, *Zöller ZPO*, n. 6 ad art. 485 CPC-De.

¹³¹ Art. 485 cpv. 2 CPC-De; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 29.

¹³² Art. 485 cpv. 2 CPC-De; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 41; ULRICH, *Selbständiges Beweisverfahren*, pag. 33; AHRENS, *ZPO*, n. 54 ad art. 485 CPC-De; HERGET, *Zöller ZPO*, n. 7a ad art. 485 CPC-De; BALZER, *Beweisaufnahme*, pag. 191.

¹³³ Art. 487 cifra 2 CPC-De; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 28.

coinvolgimento a tutela di legittimi interessi del richiedente giustifichi una misura immediata inaudita altera parte¹³⁴.

Le prove assunte anticipatamente, pur non pregiudicandone una riassunzione successiva¹³⁵, hanno lo stesso valore di quelle amministrate nel procedimento di merito¹³⁶, per la cui introduzione, ove non ancora pendente e su richiesta di parte, il giudice deve fissare all'istante un congruo termine¹³⁷. Tali prove non possono tuttavia essere utilizzate ove la controparte, citata in modo intempestivo, non ha partecipato alla procedura di assunzione anticipata del mezzo di prova¹³⁸. In tal caso una perizia assunta in via anticipata avrà mero valore di referto di parte¹³⁹. 91

4. Diritto austriaco

Nel diritto processuale civile austriaco l'assunzione anticipata di prove, denominata *Sicherung von Beweisen*¹⁴⁰, è regolata al titolo ottavo del CPC-At. A mente dell'art. 384 CPC-At il giudice può ordinare l'assunzione anticipata di prove ove sussista un rischio di perdita o di futura difficoltà di assunzione delle stesse¹⁴¹. In assenza di un tale rischio, l'assunzione di mezzi di prova, al di fuori dell'ambito abituale del processo di merito, è pure concessa ove questi servano ad accertare lo stato attuale di una cosa¹⁴² e il richiedente renda verosimile un suo interesse giuridico a tale accertamento¹⁴³. Un tale interesse sussiste, di principio, ove lo stato attuale della cosa oggetto di accertamento è suscettibile di costituire la base di una pretesa o la difesa da una pretesa fatta valere da o contro il richiedente, nel senso che, senza l'assunzione anticipata del mezzo di prova in 92

¹³⁴ Art. 491 cpv. 1 CPC-De; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pagg. 51 - 52; WEISE, *Selbständiges Beweisverfahren*, pag. 70.

¹³⁵ DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 66; BALZER, *Beweisaufnahme*, pag. 195.

¹³⁶ Art. 493 cpv. 1 CPC-De; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 65; BALZER, *Beweisaufnahme*, pag. 195.

¹³⁷ Art. 494a CPC-De.

¹³⁸ Art. 493 cpv. 2 CPC-De; DÖRSCHNER, *Beweissicherung im Ausland*, pag. 65.

¹³⁹ WEISE, *Selbständiges Beweisverfahren*, pag. 161.

¹⁴⁰ Seppur tale istituto non abbia sempre solo mero scopo assicurativo.

¹⁴¹ Art. 384 cpv. 1 CPC-At; DOLINAR, *Zivilprozessrecht*, pag. 79; RECHBERGER, *ZPO Kommentar*, n. 3 ad art. 384 CPC-At; RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 14 ad art. 384 CPC-At.

¹⁴² Non invece di un mero fatto, foss'anche questo giuridicamente rilevante: FEIL/KROISENBRUNNER, *Kurzkommentar ZPO*, n. 1084; RECHBERGER, *ZPO Kommentar*, n. 3 ad art. 384 CPC-At.

¹⁴³ Art. 384 cpv. 2 CPC-At; DOLINAR, *Zivilprozessrecht*, pag. 79; RECHBERGER, *ZPO Kommentar*, n. 3 ad art. 384 CPC-At; RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 16 ad art. 384 CPC-At.

discussione, difficilmente questi potrebbe imporre le sue ragioni in un futuro processo di merito¹⁴⁴.

- 93 La descritta assunzione anticipata di prove può avvenire, sia prima, sia durante la pendenza di un procedimento principale, ritenuto tuttavia che nel primo caso la stessa necessita di una domanda di parte, mentre nel secondo il giudice vi può procedere anche d'ufficio¹⁴⁵.
- 94 Quanto ai mezzi di prova assumibili, il testo della legge limita gli stessi all'ispezione oculare e all'audizione di testi e periti¹⁴⁶. La dottrina ammette tuttavia un'estensione all'interrogatorio delle parti¹⁴⁷, mentre la questione a sapere se pure l'edizione di documenti possa entrare in linea di conto è contestata¹⁴⁸. Per quanto attiene poi alla prova peritale, la stessa va, in questa sede, limitata ad un semplice accertamento da parte dell'esperto (*Befundaufnahme*), ad esclusione di un vero e proprio completo referto peritale, il quale va rinviato alla causa principale¹⁴⁹.
- 95 Come nel diritto tedesco, anche in questo caso l'*Ausforschungsbeweis* è vietata, ragione per cui il richiedente dovrà indicare in modo sufficientemente preciso i mezzi di prova richiesti e la fattispecie oggetto di prova¹⁵⁰. Prima di decidere sull'ammissibilità di una domanda di assunzione anticipata di prove il giudice deve concedere alla controparte, salvo particolare urgenza, il diritto di essere sentita¹⁵¹.
- 96 Le prove assunte in via anticipata possono poi essere utilizzate dalle parti nel procedimento di merito¹⁵², ritenuto tuttavia che un complemento o una ripetizione della relativa assunzione può pure entrare in linea di conto, ciò che,

¹⁴⁴ RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 17 ad art. 384 CPC-At; RECHBERGER, *ZPO Kommentar*, n. 3 ad art. 384 CPC-At.

¹⁴⁵ Art. 183 cpv. 3 CPC-At; RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 1 ad art. 384 CPC-At; FEIL/KROISENBRUNNER, *Kurzkomentar ZPO*, n. 1085.

¹⁴⁶ Art. 384 cpv. 1 CPC-At; DOLINAR, *Zivilprozessrecht*, pag. 79.

¹⁴⁷ RECHBERGER, *ZPO Kommentar*, n. 5 ad art. 384 CPC-At; RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 18 ad art. 384 CPC-At.

¹⁴⁸ RECHBERGER, *ZPO Kommentar*, n. 5 ad art. 384 CPC-At; *contra*: RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 19 ad art. 384 CPC-At.

¹⁴⁹ RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 20 ad art. 384 CPC-At; FEIL/KROISENBRUNNER, *Kurzkomentar ZPO*, n. 1085.

¹⁵⁰ Art. 385 cpv. 1 CPC-At; RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 4 ad art. 385 CPC-At.

¹⁵¹ Art. 386 cpv. 1 CPC-At; RECHBERGER, *ZPO Kommentar*, n. 1 ad art. 386 CPC-At; FEIL/KROISENBRUNNER, *Kurzkomentar ZPO*, n. 1090; RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 1 ad art. 386 CPC-At.

¹⁵² Art. 389 cpv. 1 CPC-At; RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 1 ad art. 389 CPC-At; RECHBERGER, *ZPO Kommentar*, n. 1 ad art. 389 CPC-At.

salvo il caso di sparizione del mezzo di prova, dovrebbe essere la regola, ove una parte lo richieda¹⁵³.

5. *Pre-trial discovery e disclosure-duties* del diritto anglosassone

Le procedure civili dei paesi anglosassoni si distinguono dalle procedure civili della maggior parte degli stati dell'Europa continentale per il fatto di lasciare alle parti il compito di provvedere all'assunzione ed all'amministrazione dei vari mezzi di prova¹⁵⁴. In tale contesto, è previsto che le parti, già prima del vero e proprio procedimento principale (*trial*), siano tenute a scambiarsi vicendevolmente la documentazione in loro possesso¹⁵⁵. 97

Nel diritto anglosassone le parti hanno dunque un vero e proprio obbligo di mettere a disposizione i mezzi di prova in loro possesso, al fine di permettere un'ampia investigazione della fattispecie e garantire la piena parità delle armi, facendo in modo che entrambi i contendenti abbiano una piena ed uguale cognizione dei fatti e dei mezzi di prova rilevanti¹⁵⁶. Un tale obbligo mira inoltre ad evitare l'introduzione di una lunga procedura, rispettivamente ha lo scopo di facilitare la conclusione di accordi transattivi¹⁵⁷. 98

La descritta assunzione anticipata di prove non presuppone una richiesta contenente una puntuale e precisa descrizione dei mezzi di prova di cui è chiesta la produzione. Piuttosto, una semplice e vaga indicazione delle informazioni richieste è sufficiente¹⁵⁸. La stessa avviene direttamente tra le parti coinvolte nel litigio, senza un intervento attivo del tribunale, il quale è chiamato ad esercitare il suo controllo solo in caso di rifiuto di collaborare di una parte, o di richiesta di limitare una pretesa eccessiva e troppo ampia di una parte (*protective order*)¹⁵⁹. 99

¹⁵³ Art. 281a CPC-At; art. 389 cpv. 3 CPC-At; RECHBERGER, *ZPO Kommentar*, n. 3 ad art. 389 CPC-At; RASSI, *Zivilprozessgesetze*, n. 2 ad art. 389 CPC-At.

¹⁵⁴ GÖTZ, *Amerikanisches Discovery*, pag. 270; WALTER/DOMEJ, *Internationales Zivilprozessrecht*, pag. 404.

¹⁵⁵ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 934; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 310; GÖTZ, *Amerikanisches Discovery*, pag. 270; FISCHER/RICHA, *Pre-trial discovery*, pag. 20.

¹⁵⁶ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 935; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 310; GÖTZ, *Amerikanisches Discovery*, pag. 270; FISCHER/RICHA, *Pre-trial discovery*, pag. 40.

¹⁵⁷ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 937; GÖTZ, *Amerikanisches Discovery*, pag. 270; FISCHER/RICHA, *Pre-trial discovery*, pag. 40.

¹⁵⁸ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 936; GÖTZ, *Amerikanisches Discovery*, pag. 271.

¹⁵⁹ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 936; GÖTZ, *Amerikanisches Discovery*, pag. 271; FISCHER/RICHA, *Pre-trial discovery*, pag. 23; MÜLLER-CHEN, *US-amerikanisches Discovery-Verfahren*, pag. 927.

- 100 Tale fase anticipata di scambio “privato” dei mezzi di prova tra le parti costituisce finanche la fase più rilevante e costosa del procedimento civile e la sua ampiezza può raggiungere, in alcuni casi, proporzioni assai rilevanti, sia con riferimento al dispendio di tempo che di denaro¹⁶⁰.

6. Analisi comparativa

- 101 Da quanto precede, si può notare come la situazione vigente nei paesi vicini alla Svizzera, con riferimento all'assunzione anticipata di prove, si caratterizzi per delle importanti differenze in relazione alle condizioni a cui il richiedente può ricorrere a tale istituto. Così, come già riscontrabile ad una lettura dei vari codici di rito in vigore su suolo elvetico prima dell'introduzione del nuovo CPC unificato¹⁶¹, se da una parte tutti gli ordinamenti giuridici analizzati riconoscono la possibilità di assumere un mezzo di prova anticipatamente, in caso di messa in pericolo del medesimo, dall'altra solo alcuni di questi estendono l'applicabilità di un tale strumento anche al caso in cui il richiedente dimostri un interesse legittimo, rispettivamente giuridico.
- 102 Come si è visto, l'assunzione anticipata di un mezzo di prova senza che questo minacci di scomparire non è in alcun modo permessa dal codice di rito italiano, lo strumento dell'assunzione di una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite non potendo essere assimilato ad un vero e proprio procedimento giudiziario di amministrazione anticipata di un mezzo di prova, assurgendo piuttosto a possibilità offerta alle parti di risolvere extragiudizialmente, con l'aiuto di un esperto ed un intervento assai limitato del giudice, le proprie controversie.
- 103 La Francia conosce invece un'ampia possibilità di amministrare anticipatamente, e meglio prima della pendenza della procedura di merito, dei mezzi di prova, ove il richiedente renda verosimile un suo interesse legittimo di natura meramente eventuale, quale per esempio la necessità di meglio valutare le possibilità di successo di una futura causa di merito.
- 104 In Germania vige invece una regolamentazione più restrittiva, considerato che una tale assunzione preventiva - in presenza di un interesse giuridico (quale per esempio quello di evitare un'inutile causa di merito) - si riferisce soltanto alla prova peritale.
- 105 Analogamente, in Austria, in assenza di rischio di sparizione del mezzo di prova o di successiva difficoltà di assunzione nella causa di merito, l'assunzione anticipata è concessa solo con riferimento all'accertamento dello stato attuale di

¹⁶⁰ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 936; GÖTZ, *Amerikanisches Discovery*, pag. 271.

¹⁶¹ Cfr. infra n. 54 - 74.

una cosa e, inoltre, limitatamente ad alcuni mezzi di prova, tra cui una perizia con fini meramente accertativi.

Per il resto, la regolamentazione della procedura di assunzione anticipata di un mezzo di prova, seppur, nelle forme e nelle denominazioni, fortemente dipendente dalle norme di rito classiche regolanti i vari procedimenti, si caratterizza per il principio generale di coinvolgimento, a garanzia del suo diritto di essere sentita, della controparte, salvo casi di urgenza o interessi specifici che impongano di procedere inaudita altera parte, in ossequio in sostanza ai principi cardine che reggono il rito cautelare. 106

Quanto al regime di presentazione anticipata dei mezzi di prova, conosciuta in diritto anglosassone, esso va chiaramente distinto dall'istituto qui in discussione¹⁶². L'assunzione di prove a titolo cautelare inserita nel CPC costituisce, infatti, un caso eccezionale e presuppone l'adempimento di specifiche condizioni che il richiedente deve rendere verosimili e il cui rispetto viene sempre analizzato da un giudice. Un indiscriminato ed ampio obbligo di informazione delle parti prima della pendenza della causa di merito non entra in linea di conto, l'assunzione anticipata di prove essendo limitata dal divieto dell'*Ausforschungsbeweis*¹⁶³. Il rifiuto di una parte di collaborare ad una tale assunzione anticipata di prove non parrebbe poi, di principio, avere alcuna conseguenza effettiva¹⁶⁴, non sussistendo espliciti meccanismi, a quello stadio del litigio, per sanzionarla in caso di rifiuto di produrre documenti o di partecipare all'accertamento della verità materiale¹⁶⁵. 107

V. Introduzione nel CPC

L'introduzione nel CPC unificato dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare ha conosciuto un'evoluzione particolare, la proposta contenuta nell'Avamprogetto della commissione peritale del 2003 essendo poi stata modificata a seguito della procedura di consultazione, portando al Messaggio del Consiglio federale ed al relativo Progetto di legge del 2006, poi approvato dalle Camere federali. 108

¹⁶² KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 948; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 310; dubitativo: MÜLLER-CHEN, *US-amerikanisches Discovery-Verfahren*, pag. 928.

¹⁶³ Cfr. infra n. 252 - 254.

¹⁶⁴ Per una critica cfr. tuttavia infra n. 485 - 489.

¹⁶⁵ Cfr. infra n. 481 - 484.

1. Lavori preparatori

A) Avamprogetto della commissione peritale

- 109 L'Avamprogetto della commissione peritale del 2003¹⁶⁶ prevedeva unicamente la possibilità di ordinare dei provvedimenti conservativi¹⁶⁷ per assicurare le prove, nei casi previsti dalla legge e laddove era reso verosimile che queste fossero esposte a pericolo¹⁶⁸. A tali provvedimenti di assicurazione delle prove era previsto che si applicassero le disposizioni in materia di misure provvisoriale¹⁶⁹.
- 110 L'Avamprogetto prevedeva altresì la possibilità - ove il richiedente rendeva verosimile che il luogo di dimora di un destinatario di una dichiarazione di volontà di diritto civile non era noto e non poteva essere ragionevolmente individuato - di procedere alla relativa notificazione per via giudiziaria. Tale norma era largamente ispirata all'*Amtliche Zustellung von Erklärungen* prevista dal codice di rito zurighese¹⁷⁰.

B) Procedura di consultazione

- 111 Durante la procedura di consultazione, il Canton Basilea Città ed il partito dei Verdi hanno criticato la limitazione della possibilità di assumere anticipatamente delle prove al caso di messa in pericolo delle stesse, proponendo di estendere tale facoltà anche ai casi in cui ciò permettesse di evitare dei futuri procedimenti giudiziari, come già previsto per esempio dall'art. 222 CPC/BE¹⁷¹.
- 112 Quanto alla possibilità di notificazione giudiziaria di dichiarazioni di volontà di diritto civile, la maggior parte degli interpellati si è espresso in modo critico con riferimento a tale norma, sia per la sua necessità, sia per il suo inserimento nella parte dedicata all'assunzione probatoria¹⁷². In particolare, è stato sottolineato come tale facoltà non avesse attinenza con il processo civile e non dovesse dunque essere inserita nel CPC, rispettivamente che, eventualmente, la stessa

¹⁶⁶ Avamprogetto della commissione peritale concernente l'unificazione della procedura civile (giugno 2003), pag. 29; Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto della commissione peritale (giugno 2003), pag. 77.

¹⁶⁷ *Beweissicherung* nella versione tedesca; *conservation des preuves* nella versione francese.

¹⁶⁸ Art. 151 cpv. 1 AP/CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 3 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. II.

¹⁶⁹ Art. 151 cpv. 2 AP/CPC.

¹⁷⁰ Art. 235 CPC/ZH.

¹⁷¹ Raccolta dei risultati della procedura di consultazione all'avamprogetto relativo a una legge federale sulla procedura civile svizzera (2004), pagg. 407 - 409; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. II.

¹⁷² Raccolta dei risultati della procedura di consultazione all'avamprogetto relativo a una legge federale sulla procedura civile svizzera (2004), pagg. 407 - 409.

avrebbe semmai dovuto trovare spazio tra le disposizioni in materia di procedura di volontaria giurisdizione, non costituendo un caso di assunzione di prove a titolo cautelare.

2. Messaggio del Consiglio federale e testo approvato

Preso atto dei risultati della procedura di consultazione, nel Progetto di Codice di diritto processuale civile svizzero, il Consiglio federale ha stralciato il terzo capoverso previsto all'art. 151 AP/CPC prevedente la possibilità di notificazione giudiziaria di dichiarazioni di volontà di diritto civile¹⁷³. 113

Parimenti il Consiglio federale ha ritenuto di seguire le critiche sollevate in fase di consultazione con riferimento alle condizioni di ammissibilità di un'assunzione anticipata di prove. Così, nel Progetto lo strumento in esame è stato rinominato assunzione di prove a titolo cautelare¹⁷⁴ e il ricorso al medesimo è stato esteso ai casi in cui il richiedente rendesse verosimile un interesse degno di protezione, il quale sussiste in particolare ove la prova richiesta serva a valutare le possibilità di esito favorevole di un'eventuale causa di merito, evitando così l'introduzione di procedimenti inutili¹⁷⁵. 114

La norma così modificata è stata poi approvata dalle Camere federali senza variazione alcuna, se non con riferimento alla numerazione dell'articolo di legge, cosicché l'assunzione di prove a titolo cautelare è stata infine codificata all'art. 158 CPC¹⁷⁶. 115

¹⁷³ Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687.

¹⁷⁴ *Vorsorgliche Beweisführung* in tedesco; *preuve à futur* in francese.

¹⁷⁵ Art. 155 P/CPC; Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. II; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 4 ad art. 158 CPC.

¹⁷⁶ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. II.

Capitolo 2: Condizioni di applicazione dell'art. 158 CPC

Con l'introduzione nel CPC dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare, il legislatore federale ha codificato la possibilità di procedere anticipatamente all'amministrazione di determinati mezzi di prova. Una tale anticipazione del momento di assunzione delle prove si giustifica tuttavia soltanto a determinate e specifiche condizioni. Qui di seguito verranno dunque passate in rassegna le possibilità ed i presupposti di ricorso ad un tale strumento. Al riguardo, occorre qui segnalare che, nel presente lavoro, nel designare le condizioni di applicazione dell'art. 158 CPC, si è deciso di utilizzare talvolta il termine di "presupposti materiali". La qualifica delle condizioni poste dall'art. 158 CPC quali presupposti materiali non è invero scontata¹⁷⁷. Tuttavia, per ragioni di praticità e necessità di distinzione dai presupposti processuali di cui all'art. 59 CPC, appare lecito allinearsi alle opinioni dottrinali maggioritarie valide per i provvedimenti cautelari, che possono qui valere per analogia e che qualificano simili condizioni di applicazione quali presupposti materiali¹⁷⁸.

I. Momento di introduzione della domanda

1. In generale

Seppure il testo di legge in italiano non lo indichi esplicitamente, all'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare si può ricorrere in ogni momento¹⁷⁹. Ciò significa che l'assunzione di prove a titolo cautelare può avvenire sia prima che dopo la pendenza della causa principale a cui questa è strumentale¹⁸⁰. L'assunzione avviene, in altri termini, a titolo cautelare ogniqualvolta essa venga esperita in uno stadio del processo anticipato rispetto a quello usualmente

¹⁷⁷ Analogamente, per i provvedimenti cautelari, cfr. BERTI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 190; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 678.

¹⁷⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 678; SPRECHER, *BSK ZPO*, n. 17 ad art. 261 CPC.

¹⁷⁹ In tal senso i testi francese e tedesco appaiono più completi nella misura in cui indicano esplicitamente tale aspetto mediante le locuzioni *jederzeit* e *en tout temps*.

¹⁸⁰ BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 61; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 6 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1018; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.2.

dedicato all'amministrazione delle prove, ovvero normalmente prima del dibattimento¹⁸¹.

- 118 L'orizzonte temporale entro il quale l'applicazione dell'art. 158 CPC può entrare in linea di conto è tuttavia limitato al periodo precedente o contestuale alla causa di merito a cui l'iniziativa processuale cautelare si riferisce. I testi di legge in lingua francese e tedesca sono in tal senso chiari, nella misura in cui parlano di *preuve à futur* e *vorsorgliche Beweisführung*. Un'assunzione di prove a titolo cautelare successiva alla procedura principale non può dunque trovare il suo fondamento nell'art. 158 CPC. Una tale assunzione di prove a titolo cautelare dopo la decisione giudiziale sul merito¹⁸², che potremmo definire quale *nachsorgliche Beweisführung*, deve, dal mio punto di vista, trovare il suo fondamento nell'art. 340 CPC e nell'ampio potere di apprezzamento lasciato al giudice nel modulare le misure conservative da assumere in vista dell'esecuzione della decisione principale¹⁸³.

¹⁸¹ TF 4A_143/2014, decisione del 23 giugno 2014, consid. 3.1; SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 4 ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 6 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1019.

¹⁸² Si potrebbe parlare, analogamente ai provvedimenti cautelari, di provvedimento secondario: cfr. TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 4 e 5; KOFMEL EHRENZELLER, *KuKomm ZPO*, n. 3 ad art. 261 CPC e n. 2 ad art. 340 CPC.

¹⁸³ A titolo di esempio si pensi ad un processo di natura informativa fondato sull'obbligo di rendiconto di una banca nei confronti di un suo cliente. Ora, in un tale processo informativo spesso la latitudine d'intervento del giudice dell'esecuzione è assai marcata, poiché è solo a quello stadio della lite che l'obbligo di rendiconto formulato nella decisione di merito si concretizza a dipendenza dell'attitudine dell'obbligato (TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1460). Ciò ha condotto il Tribunale federale a riconoscere una certa possibilità istruttoria del giudice dell'esecuzione, il quale può finanche ordinare l'allestimento di una perizia per verificare il corretto adempimento dell'obbligo d'informazione da parte del mandatario (TF 5A_479/2008, decisione del 11 agosto 2009, consid. 5.3). Orbene, ove l'allestimento di un tale referto peritale si rivelasse successivamente impossibile, poiché vi è il rischio che la documentazione pertinente venga distrutta, mi sembra giustificato che il mandante che postula l'esecuzione della decisione di merito possa sollecitare l'assunzione cautelare di una tale verifica peritale a tutela dei suoi legittimi interessi, e questo fondandosi sull'art. 340 CPC, dimostrando chiaramente che i relativi presupposti di applicazione siano in specie adempiuti, in particolare quello della proporzionalità (TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1267).

2. Interesse degno di protezione e pendenza della causa principale

A) Ammissibilità

Secondo una parte della dottrina, ove una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare venga introdotta dopo la pendenza della causa principale, l'istante potrà unicamente giustificare la propria richiesta con la sussistenza del rischio di scomparsa di un mezzo di prova, rispettivamente invocando un'autorizzazione della legge, ad esclusione della possibilità di rendere verosimile un interesse degno di protezione all'assunzione della prova stessa¹⁸⁴. A mente di tali autori, una volta introdotta la causa di merito, la possibilità di evitare un futuro processo, rispettivamente la necessità di chiarire le possibilità dello stesso, verrebbe infatti meno, ragione per cui l'invocazione di un interesse degno di protezione diverrebbe di principio impossibile¹⁸⁵.

Dal canto suo il Tribunale federale non ha ancora avuto modo di esprimersi in modo esplicito su tale aspetto, la questione essendo stata sinora lasciata indecisa¹⁸⁶, mentre i giudici di seconda istanza bernesi, nonché quelli ticinesi, si sono allineati alla succitata opinione dottrinale¹⁸⁷.

Di contro, a mente di TREZZINI¹⁸⁸, il fatto che la procedura principale sia già pendente non dovrebbe essere d'ostacolo all'assunzione di prove a titolo cautelare in presenza di un interesse degno di protezione. In sostanza, questo autore rileva come il fatto che il processo sia già avviato non significhi che questo non possa più essere evitato, nel senso di scongiurare un suo inutile procedimento ove, a seguito dell'assunzione di uno o più mezzi di prova, le parti possano meglio valutare le rispettive posizioni processuali, decidendo per una desistenza od un'acquiescenza¹⁸⁹.

Dal mio punto di vista, la posizione del citato autore è meritevole di condivisione. Indipendentemente dal testo di legge - che non limita l'acquisizione in ogni tempo di mezzi di prova al caso di rischio di sparizione dei medesimi o ad un'autorizzazione della legge - a ragione egli sottolinea come

¹⁸⁴ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44f ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.2; STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pagg. 3 e 4.

¹⁸⁵ SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, nota 142.

¹⁸⁶ TF 4A_719/2012, decisione del 13 maggio 2013, consid. 1.4.

¹⁸⁷ OGer BE, ZK 15 223, del 13 maggio 2015, consid. 6; I CCA, 11.2014.87, del 28 ottobre 2015, consid. 3, pubblicata in RtiD I-2016, n. 34c.

¹⁸⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1039; così anche: MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 317.

¹⁸⁹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1039.

la pendenza del processo principale non osti di per sé al fatto di poter evitare il medesimo, nel senso di non proseguirlo e portarlo a termine, contenendo in tal modo costi e tempo, ciò che mi sembra perfettamente coerente con uno degli scopi dell'assunzione di prove a titolo cautelare. A ciò credo sia opportuno aggiungere il fatto che l'assunzione di prove a titolo cautelare mira, dal mio punto di vista, pure allo scopo di semplificare il processo principale¹⁹⁰. Orbene, anche da tale punto di vista, un'assunzione anticipata di determinati mezzi di prova, una volta che è pendente la causa di merito, mi sembra perfettamente funzionale ad un tale fine. Si pensi per esempio al convenuto che, prima di formulare la sua risposta, postula l'assunzione di alcune prove che meglio gli permettano di valutare la sua strategia difensiva, evitando per esempio di sollevare censure ed eccezioni che si rivelerebbero poi infondate. Oppure ancora al caso, sempre del convenuto, che intende proporre una domanda riconvenzionale, la quale potrebbe magari essere evitata grazie ad un'assunzione anticipata di una determinata prova.

- 123 Per le ragioni esposte, secondo l'opinione qui sostenuta, un'assunzione di prove a titolo cautelare finalizzata a meglio valutare le possibilità di successo delle proprie argomentazioni rispetto ad una determinata pretesa di merito resta possibile anche dopo la pendenza della procedura principale, determinante essendo unicamente la questione a sapere se il richiedente renda verosimile o meno un suo interesse degno di protezione per rapporto alla fattispecie concreta a giudizio.

B) Impatto sull'oggetto litigioso

- 124 Il fatto che il legislatore abbia concesso alle parti il diritto di chiedere l'assunzione di prove a titolo cautelare rendendo verosimile un proprio interesse degno di protezione e che questo diritto possa, secondo l'opinione qui sostenuta, essere esercitato anche una volta introdotta la causa di merito, è circostanza suscettibile di avere un impatto anche sulla determinazione dell'oggetto litigioso. Tale circostanza, come qui di seguito verrà brevemente esposto, costituisce un importante cambio di paradigma rispetto ai principi classici della procedura civile in materia di determinazione dell'oggetto litigioso.
- 125 Classicamente, nel processo civile l'oggetto del litigio viene infatti determinato dalla parte attrice, mediante le sue pretese esplicitate processualmente nelle domande di giudizio e le fattispecie della vita tematizzate a sostegno della sua richiesta di tutela giurisdizionale¹⁹¹, mentre la parte convenuta subisce tale oggetto, dovendo a sua volta formulare una pretesa di tutela giurisdizionale

¹⁹⁰ Cfr. infra n. 38 - 42 e n. 212 - 216.

¹⁹¹ BERTI, *Baustelle Zivilprozessrecht*, pag. 350; BERTI, *Neue Gedanken zum Streit-oder Prozessgegenstand*, pagg. 194 e 198; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 122; HABSCHIED, *Droit judiciaire*, pagg. 257 e 261; BERTI, *Riflessioni*, pag. 75.

vincolata tematicamente a quella dell'attore, di cui ne costituisce il più delle volte il contrario¹⁹².

La possibilità per la parte convenuta, avviata la causa di merito, di ricorrere allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare invocando un proprio interesse degno di protezione, è suscettibile di avere un impatto su tale meccanismo classico per cui è l'attore a determinare i contorni e l'ampiezza dell'oggetto litigioso. Come già sopra indicato, ricevuta la petizione, la parte convenuta potrebbe, infatti, far capo all'art. 158 CPC chiedendo l'assunzione di determinati mezzi di prova con il fine di valutare la sua posizione processuale difensiva. Assunte dette prove, sulla base di chiari riscontri probatori, la parte resistente potrebbe anche decidere di non sollevare alcune eccezioni o non contestare una parte della pretesa avanzata dall'istante e del complesso di fatti posto a sostegno della medesima, riducendo di conseguenza l'oggetto del litigio alle restanti questioni contestate. 126

Da un punto di vista dogmatico ben si comprende dunque come l'impatto dell'estensione della possibilità di ricorso all'art. 158 CPC anche al lasso temporale successivo alla pendenza della causa di merito, sia una novità foriera di un potenziale parziale stravolgimento negli assiomi sino ad oggi conosciuti in materia di oggetto litigioso. Che il legislatore abbia intravisto tale potenzialità, al momento dell'introduzione nel CPC dell'art. 158 CPC col suo attuale tenore, è dubbio. Ad ogni modo, la descritta potenzialità di tale strumento per rapporto alla determinazione dell'oggetto litigioso mi pare debba essere salutata positivamente, nella misura in cui è suscettibile di permettere, nel solco della flessibilità ed attenzione all'economia processuale che permea il codice di rito, una semplificazione della procedura di merito, a tutto favore di una celere ed economica evasione del contenzioso. 127

Resta inteso che la descritta potenzialità rischia di restare in larga misura puramente teorica e questo poiché nella pratica, considerate le implicazioni finanziarie che il ricorso all'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare comporta per la parte che vi fa capo¹⁹³, ben difficilmente la parte convenuta sarà disposta a procedere nel senso descritto, preferendo attendere le risultanze dell'istruttoria di merito ed accomodandosi al rischio che queste le siano in tutto o in parte sfavorevoli. 128

¹⁹² BERTI, *Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand*, pagg. 194 e 198, il quale parla di *gebundenes Rechtsschutzgesuch*; HABSCHEID, *Droit judiciaire*, pag. 257.

¹⁹³ Cfr. n. 610.

II. Autorizzazione della legge

- 129 Giusta l'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC, l'assunzione di prove a titolo cautelare è possibile in primo luogo ove il diritto materiale consenta un'amministrazione anticipata di mezzi di prova, indipendentemente dalla pendenza di un procedimento di merito. Qui di seguito verranno passate brevemente in rassegna le norme legali pertinenti che consentono una tale amministrazione di prove all'infuori di un procedimento giudiziale, ritenuto che verrà poi dedicata maggiore attenzione all'istituto della perizia in caso di difetti dell'opera nel contratto di appalto, data la sua importanza pratica, la stessa costituendo uno dei casi di applicazione più frequente dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC dinanzi ai tribunali civili. Preliminarmente verrà tuttavia dedicato un breve spazio alla distinzione tra l'istituto in esame ed i processi informativi di diritto materiale. Il chiarimento di questo aspetto è infatti necessario per poter qualificare correttamente le varie casistiche evocate dalla dottrina quali pretesi casi di applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC.

1. Distinzione con i processi informativi del diritto materiale

- 130 Alcune norme di diritto materiale codificano degli specifici diritti di informazione motivati dalla sussistenza di un particolare rapporto giuridico tra le parti¹⁹⁴. Quale esempio classico può essere menzionato il diritto al rendiconto contrattuale del mandante¹⁹⁵. Detti diritti vanno fatti valere in una procedura di merito, di natura sommaria od ordinaria a dipendenza della chiarezza della fattispecie¹⁹⁶ e possono eventualmente essere cumulati con un'azione creditoria in una c.d. azione scalare (*Stufenklage*)¹⁹⁷.
- 131 Questi diritti d'informazione, che trovano il loro fondamento nel diritto materiale, non devono essere confusi con l'istituto - di natura processuale - dell'assunzione di prove a titolo cautelare. Se nel primo caso il giudice è, infatti, tenuto a decidere su una pretesa di diritto materiale avanzata dall'attore o istante, la quale si concretizza nella richiesta di condanna della controparte a fornire una o più informazioni, in una procedura fondata sull'art. 158 CPC un tale giudizio non avviene, trattandosi in quell'ambito unicamente di assumere anticipatamente uno o più mezzi di prova, ad esclusione di qualsivoglia giudizio su diritti e doveri delle parti sgorganti dal diritto materiale¹⁹⁸. Concettualmente si tratta dunque di due costellazioni ben diverse, che oltre a trovare il loro

¹⁹⁴ DROESE, *Akteneinsicht*, pag. 198; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 322.

¹⁹⁵ Art. 400 CO.

¹⁹⁶ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 322; FELLMANN, *BK OR*, n. 89 - 91 ad art. 400 CO.

¹⁹⁷ DTF 123 III 140, consid. 2b; DTF 116 II 215 consid. 4a.

¹⁹⁸ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

fondamento in norme di carattere differente, si realizzano in procedure non comparabili e regolate da logiche dissimili. Sulle differenze e la convivenza tra le due costellazioni descritte si tornerà oltre¹⁹⁹. In questa sede basti sottolineare come, secondo l'opinione qui sostenuta, alcune delle norme individuate da parte della dottrina quali casi di applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC, codifichino invero dei diritti di informazione di natura materiale. Qui di seguito le varie norme evocate verranno dunque passate in rassegna, con lo scopo di estrapolarne la reale natura.

2. Ambito applicativo

A) Le norme specifiche in materia di contratto di compravendita

a) Art. 204 cpv. 2 CO

In materia di contratto di compravendita il legislatore ha previsto la possibilità di assumere anticipatamente determinati mezzi di prova ove si sia confrontati con una vendita a distanza. Si tratta della verifica regolare dello stato di merce spedita e pretesa difettosa, disciplinata all'art. 204 cpv. 2 CO²⁰⁰. Tale norma consente dunque un'amministrazione anticipata di prove giusta l'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC, nell'interesse di entrambe le parti contraenti e nell'ottica di un'eventuale procedura di merito concernente la difettosità della merce spedita²⁰¹. 132

b) Art. 202 CO

A mente di alcuni autori²⁰², pure la verifica di difetti nel commercio del bestiame di cui all'art. 202 CO costituirebbe un caso di assunzione di prove a titolo cautelare concesso dalla legge. Dal mio punto di vista tale conclusione non va tuttavia condivisa. Se tale norma permette, infatti, di assumere anticipatamente una prova peritale sullo stato del bestiame, non va dimenticato che tale facoltà è regolata da una specifica procedura prevista nella relativa ordinanza di 133

¹⁹⁹ Cfr. n. 266 segg.

²⁰⁰ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 1; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 2 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1020.

²⁰¹ DTF 52 II 362, consid. 2.

²⁰² SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 1; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1477; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC.

applicazione²⁰³, secondo la quale l'autorità adita²⁰⁴, che non deve per forza di cose essere un giudice²⁰⁵, può anche non limitarsi al solo accertamento dello stato del bestiame, ma può, assunte le prove ed apprezzate le stesse, finanche deciderne la vendita ai pubblici incanti²⁰⁶. Ne viene che l'istituto descritto, dal mio punto di vista, costituisce uno strumento processuale indipendente, regolato specificatamente nell'Ordinanza sulla procedura in materia di garanzia nel commercio del bestiame²⁰⁷, a cui l'art. 202 cpv. 3 CO rinvia, e che non può essere classificato quale mera assunzione di prove a titolo cautelare concessa dalla legge ex art. 158 cpv. 1 lett. a CPC.

B) Le norme specifiche in materia di contratto di lavoro

- 134 Secondo SCHMID²⁰⁸ gli artt. 322a cpv. 2 e 322c cpv. 2 CO - in virtù dei quali il lavoratore, personalmente o in sua vece tramite un perito designato in comune o dal giudice, può ottenere dal datore di lavoro le informazioni pertinenti per poter determinare un suo diritto di partecipazione al risultato d'esercizio - costituiscono pure un caso di assunzione di prove a titolo cautelare previsto dalla legge. Tuttavia tali norme, in quanto prevedono la possibilità di chiedere al giudice di nominare un perito, non comportano l'assunzione di una vera e propria prova peritale²⁰⁹, ma costituiscono piuttosto la base legale di un vero e proprio diritto d'informazione del lavoratore. In tal senso la possibilità di ricorrere ad un perito non va confusa con l'assunzione di una perizia a titolo cautelare, ritenuto che lo scopo dell'esperto nominato, che funge in questo contesto piuttosto da consulente²¹⁰, non è quello di rimettere un referto peritale ex artt. 183 segg. CPC, quanto piuttosto quello di tradurre l'informazione a cui il richiedente ha diritto, in un risultato comprensibile anche per un profano. Le norme in narrativa fondano dunque un processo informativo di diritto materiale²¹¹, al quale torna applicabile la procedura sommaria - ciò che il

²⁰³ Ordinanza sulla procedura in materia di garanzia nel commercio del bestiame (RS 221.211.22).

²⁰⁴ La competenza di designare l'autorità competente è delegata ai Cantoni (art. 4 dell'ordinanza).

²⁰⁵ Nel Canton Appenzello Interno competente è per esempio l'*Hauptmannamt* (art. 1 cpv. 1 Grossratsbeschluss über kantonale Zusatzbestimmungen betreffend Viehwäherschaft vom 28. Dezember 1911).

²⁰⁶ Cfr. art. 14 dell'ordinanza.

²⁰⁷ RS 221.211.22.

²⁰⁸ SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 1 ad art. 158 CPC; cfr. tuttavia anche l'opinione apparentemente in contraddizione espressa dallo stesso autore in: *KuKomm ZPO*, n. 1b ad art. 158 CPC.

²⁰⁹ MAZAN, *BSK ZPO*, n. 12 ad art. 250 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 1b ad art. 158 CPC.

²¹⁰ *Informant* o *Vertrauensmann*: MAZAN, *BSK ZPO*, n. 12 ad art. 250 CPC.

²¹¹ GESSLER, *Informationsbeschaffung*, pag. 434; SPÜHLER/VOCK, *Urkundenedition*, pag. 41, nota 4; JEANDIN, *Production de pièces*, pag. 375.

legislatore ha peraltro espressamente previsto²¹² - e non sono invece un caso legale di assunzione di prove a titolo cautelare²¹³.

C) Le norme specifiche in materia di contratto di commissione

Nell'ambito della regolamentazione del contratto di commissione, il legislatore federale ha pure previsto la possibilità di assumere delle prove all'infuori di un procedimento giudiziale di merito. Così, giusta l'art. 427 cpv. 3 CO, ove la merce ricevuta dal commissionario sia difettosa e rischi di deteriorarsi, questi deve, al fine di salvaguardare eventuali azioni contro il vetturale, farla verificare con il concorso dell'autorità competente. Tale norma concede dunque, alle condizioni indicate, la possibilità di procedere all'assunzione a titolo cautelare di un rapporto peritale atto a fotografare la situazione della merce prima che questa si modifichi, assurgendo dunque a caso di applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC²¹⁴. A ben vedere, non si tratta tuttavia di null'altro se non di una classica assicurazione del mezzo di prova, la quale potrebbe essere ottenuta pure in applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. b primo periodo CPC, invocando il rischio di modifica dello stato di fatto determinante a seguito di deterioramento della merce.

D) Le norme specifiche in materia di contratto di trasporto

a) Art. 445 cpv. 1 CO

Anche in materia di contratto di trasporto il CO prevede un caso in cui l'assunzione anticipata di prove atta a stabilire lo stato della merce trasportata può entrare in linea di conto. Si tratta in particolare dell'art. 445 cpv. 1 CO, che prevede l'obbligo per il vetturale confrontato con un impedimento alla consegna della merce - ove questa sia soggetta a rapido deterioramento o il cui valore presunto non copra le spese che la gravano - di farne accertare ufficialmente lo stato. Si tratta qui di un caso di applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC del tutto simile a quello sopra descritto con riferimento al contratto di commissione²¹⁵.

²¹² Art. 250 lett. b cifra 1 CPC.

²¹³ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1117; DROESE, *Akteneinsicht*, nota 959; BAUMANN WEY, *Unbezifferte Forderungsklage*, n. 117.

²¹⁴ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 1; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 2 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1020.

²¹⁵ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 1; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1020.

b) *Art. 453 cpv. 1 CO*

- 137 Alcuni autori classificano pure lo strumento di verifica disciplinato all'art. 453 cpv. 1 CO quale caso di assunzione di prove a titolo cautelare previsto dalla legge²¹⁶. Tuttavia, dal mio punto di vista, si tratta in tal caso di una procedura diversa, con la quale vetturale e mittente, a determinate condizioni, possono ottenere dall'autorità competente la vendita di merce oggetto di contestazioni, la quale avverrà previa constatazione della merce stessa. Non si tratta dunque di una mera assunzione di prove a titolo cautelare, ma di una procedura di merito nell'ambito della quale l'autorità è pure tenuta ad esprimersi sull'adempimento delle condizioni giustificanti una vendita della merce litigiosa.

E) Le norme specifiche in materia di diritto societario

a) *Artt. 697a - 697g CO*

- 138 Alcuni autori assimilano all'assunzione di prove a titolo cautelare il controllo speciale che ogni azionista in una società anonima può sollecitare ai sensi degli artt. 697a - 697g CO²¹⁷. Dal mio punto di vista il controllo speciale in parola non costituisce, a ben vedere, un'assunzione di prove ai sensi dell'art. 158 CPC, bensì una procedura di diritto materiale *ad hoc*, la quale termina con la consegna di un rapporto da parte dell'esperto incaricato, che non è tuttavia assimilabile alla prova peritale di cui agli artt. 183 segg. CPC²¹⁸. Il rapporto in questione non è infatti necessariamente funzionale ad una futura eventuale procedura di merito. A giusta ragione il legislatore ha dunque regolato separatamente tale strumento nel CPC, sottoponendolo comunque alla procedura sommaria²¹⁹.

b) *Art. 600 cpv. 3 CO*

- 139 Quanto alla possibilità concessa all'accomodante in una società in accomandita di chiedere al giudice di designare un perito per verificare l'esattezza del conto economico e del bilancio societari, codificata all'art. 600 cpv. 3 CO e ritenuta da alcuni autori un caso di applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC²²⁰, deve dal mio punto di vista valere quanto già esposto con riferimento allo strumento simile concesso al lavoratore dagli artt. 322a cpv. 2 e 322c cpv. 2 CO²²¹. Anche

²¹⁶ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 1; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1020; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1477.

²¹⁷ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1020, BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC.

²¹⁸ SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 1a ad art. 158 CPC; GESSLER, *Informationsbeschaffung*, pag. 434.

²¹⁹ Art. 250 lett. c cifra 8 CPC.

²²⁰ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1020, BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC.

²²¹ Cfr. n. 134; DROESE, *Akteneinsicht*, nota 959.

in questo caso non si tratta realmente di assumere anticipatamente un mezzo di prova peritale, bensì di nominare al socio accomodante una sorta di consulente²²² che gli permetta di esercitare il proprio diritto di informazione, traducendolo in un risultato comprensibile per un profano. D'altro canto, il rapporto rimesso da quest'ultimo non è equiparabile a una perizia ai sensi degli artt. 183 segg. CPC²²³ e non è necessariamente funzionale ad un'eventuale futura causa principale. Anche in questo caso si è dunque piuttosto confrontati ad un diritto d'informazione disciplinato dal diritto materiale²²⁴. Giustamente il legislatore ha dunque regolato separatamente tale strumento nel CPC, sottoponendolo comunque alla procedura sommaria²²⁵.

F) Le norme specifiche in materia di proprietà intellettuale

a) Misure cautelari in materia di proprietà intellettuale

Le diverse leggi in materia di protezione della proprietà intellettuale prevedono la possibilità, a determinate condizioni, di assicurare dei mezzi di prova. In particolare una tale possibilità è conferita dagli artt. 77 cpv. 1 lett. a LBI, 38 lett. a LDes, 59 lett. a LPM e 65 lett. a LDA. Si tratta tuttavia di provvedimenti cautelari²²⁶ che sottostanno ai presupposti classici di cui agli artt. 261 segg. CPC, in particolare alla dimostrazione del *fumus boni iuris* della pretesa di merito ed alla prova, in verosimiglianza, di un rischio di pregiudizio difficilmente riparabile²²⁷. Non mi sembra dunque corretto ritenere gli stessi quali casi di applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC²²⁸, trattandosi in questo caso non soltanto dell'assunzione di una prova a titolo cautelare, ma di una vera e propria assicurazione dell'oggetto della prova stessa²²⁹. Dal mio punto di vista, tali strumenti sono dunque complementari all'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare²³⁰, i due regimi convivendo parallelamente e l'istante essendo tenuto a ricorrere a quello che gli permette al meglio di addivenire allo scopo

²²² *Informant* o *Vertrauensmann*.

²²³ MAZAN, *BSK ZPO*, n. 25 ad art. 250 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 1b ad art. 158 CPC.

²²⁴ RUEDIN, *Droit des sociétés*, n. 1374; SPÜHLER/VOCK, *Urkundenedition*, pag. 41, nota 4; GESSLER, *Informationsbeschaffung*, pag. 434; JEANDIN, *Production de pièces*, pag. 376.

²²⁵ Art. 250 lett. c cifra 5 CPC.

²²⁶ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 29 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 99; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 5 e nota 4 ad art. 158 CPC.

²²⁷ ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 7 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 1; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1002.

²²⁸ *Contra*: GUYAN, *BSK ZPO*, n. 2 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC.

²²⁹ Sul tema e le differenze cfr.: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1002 segg.

²³⁰ Sulla convivenza con i provvedimenti cautelari cfr. infra n. 289 - 293.

ricercato, ricordando tuttavia che l'applicazione delle norme speciali evocate presuppone l'adempimento dei criteri più restrittivi applicabili alle misure cautelari.

b) La descrizione esatta della LBI

- 141 Oltre alla possibilità di ottenere delle misure cautelari nel senso sopra descritto, la LBI consente altresì di postulare che il giudice ordini una descrizione esatta dei procedimenti che si presumono applicati illecitamente, rispettivamente dei prodotti che si presumono fabbricati illecitamente e dei mezzi tecnici che sono serviti alla loro fabbricazione²³¹. Tale descrizione può essere ottenuta alla sola condizione che il richiedente renda verosimile una violazione di un suo diritto o un rischio di una tale violazione²³².
- 142 Secondo il Tribunale federale la descrizione esatta ai sensi della LBI costituisce un caso di applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC²³³. Resta tuttavia inteso che una parte può ottenere l'amministrazione anticipata di ulteriori mezzi di prova invocando l'adempimento delle condizioni di cui all'art. 158 cpv. 1 lett. b CPC, senza doverne rendere verosimili altre, i due strumenti in discussione coesistendo parallelamente²³⁴.

3. La perizia in caso di difetti dell'opera nel contratto di appalto

A) In generale

- 143 Giusta l'art. 367 cpv. 2 CO, ciascuno dei contraenti di un contratto di appalto ha diritto di chiedere a sue spese la verifica dell'opera. Tale verifica non è subordinata ad alcuna condizione procedurale particolare²³⁵, non esige la dimostrazione di una messa in pericolo della prova o di un interesse degno di protezione (nel senso dell'art. 158 CPC)²³⁶, né l'avvenuta notifica di difetti dell'opera²³⁷.

²³¹ Art. 77 cpv. 1 lett. b LBI.

²³² Art. 77 cpv. 2 LBI; SCHWEIZER, *Genaue Beschreibung*, pag. 932; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 29 ad art. 158 CPC.

²³³ DTF 138 III 76, consid. 2.4.1.

²³⁴ DTF 138 III 76, consid. 2.4.1; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 30 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Genaue Beschreibung*, pag. 932.

²³⁵ GAUCH, *Werkvertrag*, n. 1517; BÜHLER, *ZK OR*, n. 44 ad art. 367 CO.

²³⁶ REETZ, *Bauprozess*, pag. 131; II CCA TI, 12.2011.162, del 10 novembre 2011, consid. 5.

²³⁷ II CCA TI, 12.2011.162, del 10 novembre 2011, consid. 5; GAUCH, *Werkvertrag*, n. 1517; REETZ, *Bauprozess*, pag. 131; BÜHLER, *ZK OR*, n. 43 segg. ad art. 367 CO.

Secondo l'opinione qui sostenuta, l'art. 367 cpv. 2 CO non conferisce alle parti legate da un contratto di appalto un diritto d'informazione fondato sul diritto materiale. Lo scopo di tale norma non è, infatti, quello di colmare un deficit informativo della parte che vi fa capo con la messa a disposizione di informazioni che si trovano in mano alla controparte. Piuttosto, tale strumento mira a colmare un deficit probatorio, spesso di entrambe le parti, mediante l'assunzione di una prova peritale finalizzata all'accertamento dello stato dell'opera. La procedura si esaurisce dunque nell'assunzione del mezzo di prova e non presuppone alcun giudizio su diritti e doveri delle parti discendenti dal diritto materiale. 144

Tale norma costituisce pertanto un caso di applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC e la procedura contenziosa applicabile in materia di assunzione di prove a titolo cautelare va dunque seguita²³⁸, a differenza di quanto previsto prima dell'entrata in vigore del CPC, ove l'assunzione della perizia era retta dalla procedura di volontaria giurisdizione²³⁹. In tal senso l'inserimento dell'art. 367 cpv. 2 CO nell'elenco di cui all'art. 250 CPC²⁴⁰ è inutile e presta il fianco a evitabili confusioni. 145

B) Valore probatorio

Secondo alcuni autori ed una parte della giurisprudenza l'art. 367 cpv. 2 CPC non consentirebbe di assumere un vero e proprio referto peritale ai sensi degli artt. 183 segg. CPC, ma piuttosto costituirebbe una mera opzione di verifica dell'opera a cura di una persona cognita nominata dal giudice (*Informant* o *Vertrauensmann*)²⁴¹, analogamente a quanto valevole per gli artt. 322a cpv. 2, 322c cpv. 2 e 603 cpv. 3 CO²⁴². 146

Altri autori ritengono invece che tale norma consenta una vera e propria assunzione di una prova peritale, la quale ha pieno valore probatorio nell'even- 147

²³⁸ HGer SG, HG.2013.241-HGP, del 4 marzo 2014, pubblicata in BR online 2014, n. 261; II CCA TI, 12.2011.162, del 10 novembre 2011; LOCHER, *Befundaufnahme*, pag. 210; SIEGENTHALER/REETZ, *Beweissicherung im Werkvertragsrecht*, pag. 139; PICHONNAZ/SIEGENTHALER, *Contrat d'entreprise*, pag. 154; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 755; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK OR*, n. 22 ad art. 367 CO; Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687; *contra*: KGer GR, ZK2 12 10, del 3 maggio 2012, consid. 5c; OGer ZH, LF110103-O/U, del 26 gennaio 2012.

²³⁹ SCHMIDT, *Expertise selon l'art. 367 al. 2 CO*, pag. 96; GAUCH, *Werkvertrag*, n. 1517; BÜHLER, *ZK OR*, n. 43 ad art. 367 CO; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 755; BR 1989/67, n. 96; BR 1979/11, n. 12.

²⁴⁰ Art. 250 lett. b cifra 4 CPC.

²⁴¹ OGer ZH, LF110103-O/U, del 26 gennaio 2012; MAZAN, *BSK ZPO*, n. 15 ad art. 250 CPC.

²⁴² Sul tema cfr. n. 134 e 139.

tuale futuro processo di merito²⁴³. Questa seconda opinione mi sembra certamente più convincente. Da una parte poiché il legislatore federale ha chiaramente indicato di voler parificare la procedura prevista dall'art. 367 cpv. 2 CO a quella di assunzione di prove a titolo cautelare, facendone un caso di applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC²⁴⁴. Dall'altra poiché, essendo ora la procedura di assunzione della verifica peritale esperita in procedura contenziosa e non più in procedura di volontaria giurisdizione, nulla osta all'allestimento di una vera perizia giudiziaria ai sensi degli artt. 183 segg. CPC. Per tacere poi che lo scopo dell'art. 367 cpv. 2 CO è pure quello di assicurare i mezzi di prova²⁴⁵; fine che può essere raggiunto soltanto con una perizia avente pieno valore probatorio.

- 148 Riassumendo quanto esposto, ritengo dunque corretto considerare che la verifica peritale di cui all'art. 367 cpv. 2 CPC, oltre alla valenza materiale di verifica dell'opera, permetta altresì l'assunzione anticipata del mezzo probatorio peritale ex artt. 183 segg. CPC, il quale assume nell'eventuale processo di merito pieno valore probatorio classico di tale strumento²⁴⁶.

C) Ampiezza e tematica probatoria

- 149 La verifica dell'opera per il tramite di un perito s'inserisce nel contesto degli artt. 367 - 371 CO che regolano la consegna dell'opera e gli obblighi di garanzia dell'appaltatore per i difetti della stessa. Ne viene che, compito del perito designato, è principalmente quello di constatare lo stato dell'opera e dar atto delle sue constatazioni. Egli può pronunciarsi su tutte le questioni di fatto, quali lo stato dell'opera, gli eventuali difetti, la loro origine e le misure per ovviarvi²⁴⁷. Non presupponendo il ricorso all'art. 367 cpv. 2 CO la notifica di difetti, il perito può essere sollecitato a verificare un'opera nel suo insieme, a prescindere dalla presenza e dall'invocazione di specifiche difettosità²⁴⁸. L'orizzonte applicativo di tale norma è dunque potenzialmente più ampio rispetto al caso in cui una parte decida di procedere invocando un suo interesse degno di protezione ai sensi dell'art. 158 cpv. 1 lett. b secondo periodo CPC. Difatti, in quel caso, l'assunzione probatoria si deve concentrare su eventuali

²⁴³ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1117; REETZ, *Bauprozess*, pag. 131; SIEGENTHALER/REETZ, *Beweissicherung im Werkvertragsrecht*, pag. 139; CHAIX, *CR CO*, n. 16 ad art. 367 CO.

²⁴⁴ Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687.

²⁴⁵ HGer SG, HG.2013.241-HGP, del 4 marzo 2014, pubblicata in BR online 2014, n. 261; SIEGENTHALER/REETZ, *Beweissicherung im Werkvertragsrecht*, pag. 139.

²⁴⁶ In tal senso: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1022.

²⁴⁷ RtiD II-2010, n. 44c, pag. 692; LOCHER, *Befundaufnahme*, pag. 209; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK OR*, n. 24 ad art. 367 CO.

²⁴⁸ LOCHER, *Befundaufnahme*, pag. 210.

difetti prospettati dal precedente che deve in tal senso affacciare una sua pretesa di diritto materiale da fare valere in un futuro eventuale processo di merito²⁴⁹.

Resta inteso, come è peraltro valido per ogni referto peritale, indipendentemente dalla norma su cui si appoggia il richiedente per postularne l'assunzione, che il perito non è competente per esprimersi su questioni giuridiche, quale per esempio la responsabilità delle parti coinvolte o l'inadempimento del contratto²⁵⁰. 150

D) Applicazione in pendenza della causa di merito

In vigenza dei codici di rito cantonali, si soleva ritenere che un ricorso alla verifica peritale di cui all'art. 367 cpv. 2 CO fosse possibile soltanto prima della pendenza di una procedura di merito e meglio nella fase di consegna e verifica dell'opera²⁵¹, mentre successivamente facevano stato le misure provvisoriale previste dal diritto cantonale permettenti un'assunzione anticipata di prove²⁵². Come si è visto, una tale distinzione non è tuttavia più giustificata dopo l'entrata in vigore del CPC. Ne viene che, in applicazione dei combinati artt. 158 cpv. 1 lett. a CPC e 367 cpv. 2 CO, l'assunzione di una perizia a titolo cautelare può essere richiesta in ogni momento e dunque anche dopo la pendenza della causa di merito²⁵³. 151

4. Estensione applicativa su base contrattuale?

Alcuni autori²⁵⁴ ritengono che una sufficiente base per poter ottenere l'amministrazione anticipata di mezzi di prova ex art. 158 CPC potrebbe pure trovarsi in un contratto che lega le parti in causa, ed in particolare nelle relative condizioni generali. 152

Tale conclusione, considerato l'obbligo per il giudice di verificare d'ufficio l'adempimento dei presupposti di cui all'art. 158 CPC - aspetto su cui si tornerà oltre²⁵⁵ - mi sembra tuttavia difficilmente condivisibile²⁵⁶. La legge prevede, 153

²⁴⁹ LOCHER, *Befundaufnahme*, pag. 210; sul tema cfr. infra n. 236 - 239.

²⁵⁰ IICCA TI, 12.2015.76, del 25 giugno 2015, consid. 5; RtiD II-2010, n. 44c, pag. 692; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, *BSK OR*, n. 24 ad art. 367 CO.

²⁵¹ SCHMIDT, *Expertise selon l'art. 367 al. 2 CO*, pag. 98; CHAIX, *CR CO*, n. 17 ad art. 367 CO.

²⁵² SCHMIDT, *Expertise selon l'art. 367 al. 2 CO*, pag. 98; CHAIX, *CR CO*, n. 17 ad art. 367 CO.

²⁵³ In tal senso: II CCA TI, 12.2015.76, del 25 giugno 2015, consid. 9; *contra*: BOHNET, *Procédure civile*, n. 1477.

²⁵⁴ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 8 ad art. 158 CPC; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.119.

²⁵⁵ Cfr. infra n. 413 - 415.

²⁵⁶ Così anche: STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 17.

infatti, in modo chiaro ed esaustivo i casi in cui un'assunzione di prove a titolo cautelare può entrare in linea di conto ed un'estensione applicativa di tale norma in caso di accordo contrattuale tra le parti ritengo sia dunque da escludere. Tale logica d'imperatività dei presupposti materiali stabiliti dalla legge è dunque la medesima valida in materia di provvedimenti cautelari²⁵⁷ e si giustifica alla luce del fatto che l'art. 158 CPC conferisce alle parti un diritto all'assunzione anticipata di uno o più mezzi di prova, ragione per cui il giudice non può prescindere da tale attività istruttoria ove le condizioni legali siano riunite²⁵⁸. Mi sembra dunque logico che l'intervento del giudice possa essere sollecitato solo in determinati casi chiaramente stabiliti dalla legge e che le parti non possano invece pretendere convenzionalmente un'estensione dell'orizzonte applicativo dell'art. 158 CPC, pena il minare lo strumento nella sua essenza e nella logica che lo sorregge.

- 154 D'altro canto, con riferimento alla prova peritale, le parti hanno a loro disposizione lo strumento della perizia di un arbitratore, disciplinata all'art. 189 CPC, che permette, in caso di accordo, di fare capo ad un perito anche in assenza dei presupposti sanciti dall'art. 158 CPC²⁵⁹.
- 155 Da ultimo, mi sembra opportuno ricordare come l'estensione convenzionale del campo di applicazione dell'art. 158 CPC non debba essere confusa con la possibilità per le parti di concludere puntuali accordi processuali portanti sulle modalità di assunzione dei mezzi di prova nell'ambito della messa in opera della norma stessa. Tali accordi, nella misura in cui non minano la struttura dell'istituto in esame, sono infatti di principio ammissibili. Su tale aspetto si tornerà oltre, nel capitolo dedicato agli aspetti procedurali²⁶⁰.

III. Esposizione a pericolo dei mezzi di prova

- 156 Giusta l'art. 158 cpv. 1 lett. b primo periodo CPC l'assunzione di prove a titolo cautelare è possibile, in secondo luogo, ove il richiedente renda verosimile che i mezzi di prova in questione siano esposti a pericolo. Si tratta del caso classico di prova a futura memoria²⁶¹, volta all'assicurazione di determinati mezzi di prova, come già conosciuta sotto l'egida dei vari codici di rito cantonali²⁶².

²⁵⁷ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 690.

²⁵⁸ A differenza di quanto previsto dall'art. 226 cpv. 3 CPC.

²⁵⁹ Sulla perizia di un arbitratore cfr. n. 296 segg.

²⁶⁰ Cfr. infra n. 416 - 418.

²⁶¹ Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687.

²⁶² Cfr. n. 54 segg.

1. Rischio di scomparsa o modificazione del mezzo di prova e/o dello stato di fatto oggetto di prova

Come si è visto il legislatore ha aperto la via dell'assunzione di prove a titolo cautelare a quella parte che renda verosimile che uno o più mezzi di prova sono esposti a pericolo²⁶³. Tale concetto di esposizione a pericolo ha tuttavia una portata multipla, nella misura in cui racchiude invero due aspetti diversi. Da una parte, tale pericolo può essere determinato dal rischio che il mezzo di prova in quanto tale vada perso o che la sua qualità probatoria ne risulti ampiamente degradata a seguito di modificazione del medesimo. D'altro canto, il pericolo può pure riferirsi alla situazione fattuale che deve essere provata mediante un determinato mezzo di prova, ove questa sia suscettibile di modificarsi, sia questo per un intervento esterno o per cause naturali.

A) Scomparsa o modificazione del mezzo di prova

La prima costellazione classica dove un'assunzione di prove a titolo cautelare può entrare in linea di conto è quella in cui il o i mezzi di prova in quanto tali siano soggetti al rischio di andare perduti²⁶⁴. Infatti, in caso di scomparsa del mezzo di prova, una successiva amministrazione nel processo di merito si rivelerebbe impossibile, ragione per cui si giustifica la concessione di una tutela giurisdizionale cautelare volta all'assunzione anticipata del mezzo di prova stesso.

Quali casi classici di rischio di scomparsa del mezzo di prova si pensi ad un teste in punto di morte, a dei documenti che rischiano di venire eliminati, a dei dati elettronici che minacciano di essere cancellati o a delle registrazioni fotografiche o sonore salvate su di un supporto che, con il trascorrere del tempo, diviene obsoleto e dunque illeggibile, perché la tecnologia a cui si appoggia viene soppiantata dalla nuova.

Accanto alla scomparsa completa del mezzo di prova vi è poi la casistica secondo cui la sua qualità probatoria ne risulti ampiamente degradata²⁶⁵ a causa

²⁶³ *Gefährdung der Beweismittel* nella versione tedesca, mentre la versione francese utilizza il termine *mise en danger des preuves*, il quale è invero poco felice, considerato come sarebbe stato più opportuno utilizzare il termine *moyens de preuve*, per garantire un'identità di contenuto tra le diverse versioni linguistiche.

²⁶⁴ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 12 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 65; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 2; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1024; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 3 ad art. 158 CPC; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1479; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 2 ad art. 158 CPC; PASSADELIS, *ZPO*, n. 4 ad art. 158 CPC.

²⁶⁵ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1024; SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 11 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 2 ad art. 158 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 3 ad art. 158 CPC.

del trascorrere del tempo o di un intervento esterno. Si pensi all'esempio già citato di quel teste affetto da una grave malattia che pregiudica le sue qualità cognitive, ragione per cui verosimilmente egli non sarà più in grado di riferire su fatti percepiti al momento dell'istruttoria nel processo di merito; oppure si pensi a dei dati elettronici che rischiano di essere modificati o alterati dalla controparte o da terzi.

- 161 Da quanto esposto, ben si comprende come, in questa prima costellazione, esposto a pericolo o a rischio di modificazione sia dunque il mezzo di prova stesso, come per esempio la testimonianza o un documento ai sensi dell'art. 177 CPC²⁶⁶.

B) Modificazione dello stato di fatto oggetto di prova

- 162 Oltre al caso di rischio di sparizione o modificazione del mezzo di prova dianzi descritto, l'assunzione anticipata di prove può anche essere giustificata dal rischio di modificazione dell'oggetto della prova stessa, ovvero dello stato di fatto oggetto di prova²⁶⁷. Anche qui, il richiedente dovrà tuttavia rendere verosimile che una tale modifica avrebbe quale conseguenza una riduzione del relativo valore probatorio²⁶⁸.
- 163 Quali esempi classici si pensi ad un'opera difettosa che non garantisce alcuna sicurezza e necessita di una veloce riparazione. In tal caso l'esperimento di una perizia sui difetti di tale opera non sarebbe di per sé impossibile nella futura causa di merito. Tuttavia, intervenendo il committente sull'opera stessa onde garantirne una sicurezza minima, lo stato di fatto potrebbe uscirne modificato e l'appaltatore potrebbe argomentare che le lacune lamentate non sono a lui imputabili, ma sono conseguenza dei successivi interventi. In tali circostanze, ben si comprende come la modificazione dell'oggetto della prova avrebbe quale conseguenza una riduzione del valore probatorio, per esempio, di un successivo referto peritale. Da qui la necessità di un celere accertamento, prima che tale mutazione intervenga.
- 164 Parimenti, un accertamento anticipato potrebbe giustificarsi laddove su di una pista da sci si produca un incidente che potrebbe fondare una futura causa risarcitoria verso la società che gestisce gli impianti, litigiosa essendo la corretta segnalazione e preparazione della pista. In tal caso, appare chiaro come lo stato

²⁶⁶ Scritti, disegni, piani, fotografie, film, registrazioni sonore, archivi elettronici e simili idonei a provare fatti giuridicamente rilevanti.

²⁶⁷ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 8 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1024; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 12 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 2 ad art. 158 CPC.

²⁶⁸ TF 4A_118/2012, decisione del 19 giugno 2012, consid. 2.1; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 3 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1024; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.120.

dei luoghi dell'incidente sia soggetto - per sua natura - a mutamento, se non altro a seguito del termine della stagione invernale ed il conseguente scioglimento della neve. L'esperimento di un'ispezione oculare a titolo cautelare potrebbe dunque risultare giustificata e necessaria, non potendosi attendere l'istruttoria dell'eventuale procedura di merito.

Da tali esempi ben si comprende come, in questa seconda costellazione, ad essere esposto a pericolo non è il mezzo di prova in quanto tale, dunque per esempio la perizia o l'ispezione oculare, quanto piuttosto, come detto, lo stato di fatto che si intende provare mediante quel mezzo di prova. 165

C) Il caso particolare dell'assottigliamento del capitale di ricordi del testimone

Per quanto attiene invece alla riduzione della capacità di ricordare un determinato fatto da parte di un testimone, il Tribunale federale, in una sentenza del 2012²⁶⁹, ha indicato - confermando una precedente decisione lucernese²⁷⁰ - come una tale circostanza sia una caratteristica classica della prova testimoniale e non giustifichi dunque di per sé alcuna assunzione di prove a titolo cautelare, non assurgendo la stessa a messa in pericolo del mezzo di prova ai sensi dell'art. 158 cpv. 1 lett. b primo periodo CPC. La conclusione dell'Alta Corte mi sembra finalmente condivisibile. Ammettere il contrario, ovvero riconoscere la messa in pericolo della prova testimoniale per il semplice decorrere del tempo, equivarrebbe, infatti, ad aprire il campo ad un indiscriminato ricorso all'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare, per il solo fatto che il trascorrere del tempo ha quale conseguenza di assottigliare i ricordi del teste, ciò che chiaramente non è lo scopo dello strumento in analisi. 166

Resta, dal mio punto di vista, chiaramente riservato il caso in cui l'istante renda verosimili specifiche circostanze che giustifichino nel caso particolare una celere assunzione della prova testimoniale. L'esempio è quello già menzionato sopra del teste affetto da grave malattia che porta ad un progressivo deficit cognitivo²⁷¹. 167

D) Causa della sparizione o modificazione della prova

La causa della sparizione o della modificazione del mezzo di prova è di per sé priva di rilevanza. Una prova può scomparire o modificarsi per sua stessa natura ed indipendentemente dalla volontà delle parti²⁷², per l'intervento della 168

²⁶⁹ TF 4A_118/2012, decisione del 19 giugno 2012, consid. 2.2.

²⁷⁰ OGer LU, 1B 11 40, del 13 gennaio 2012, consid. 6.

²⁷¹ Cfr. n. 160.

²⁷² Per esempio: generi alimentari soggetti a deperimento, situazione naturale soggetta a modificazione, teste in procinto di decedere.

controparte o di un terzo²⁷³ e finanche per l'intervento del richiedente stesso²⁷⁴. In particolare, anche in quest'ultimo caso, ovvero quando l'impossibilità di assumere la prova nel processo di merito sia imputabile ad un agire del richiedente stesso, la via dell'assunzione di prove a titolo cautelare non ne deve risultare preclusa²⁷⁵.

2. Rischio di difficoltà nella successiva assunzione

- 169 Al caso d'impossibilità di assunzione di un mezzo di prova nel processo di merito va parificato quello in cui la sua successiva amministrazione ne risulterebbe particolarmente difficoltosa²⁷⁶. In altri termini, il concetto di esposizione a pericolo di un mezzo di prova non è limitato al caso in cui sarà impossibile assumere il medesimo nel contesto del procedimento principale, ma abbraccia pure le fattispecie dove una tale amministrazione successiva andrà verosimilmente incontro a gravi difficoltà, tanto da metterne in discussione un esito positivo. Tale estensione applicativa si giustifica, sia per ragioni di economia processuale, sia per lo scopo di evitare costi inutili²⁷⁷.
- 170 Quale esempio classico viene spesso citato quello del teste che si appresta ad emigrare all'estero, ragione per cui la sua audizione potrebbe successivamente avvenire soltanto mediante una lunga e costosa rogatoria²⁷⁸.
- 171 Al riguardo appare infine opportuno osservare come, in presenza di una verosimiglianza di difficoltà nella futura amministrazione di determinati mezzi di prova, la via dell'assunzione di tali prove a titolo cautelare potrebbe in ogni caso essere aperta, nella misura in cui il richiedente facesse capo all'art. 158 cpv. 1 lett. b secondo periodo CPC, allegando e rendendo verosimile un suo interesse degno di protezione, individuabile appunto nel rischio che una

²⁷³ Per esempio: rischio di eliminazione di documenti in suo possesso, rischio di cancellazione o alterazione di dati informatici in suo possesso, rischio di modificazione di uno stato di fatto soggetto a suo influsso diretto.

²⁷⁴ Si pensi ad un committente che confrontato con la consegna di un'opera difettosa che non garantisce alcuna sicurezza chiede un accertamento dei relativi difetti per poi poter procedere ad una celere riparazione necessaria.

²⁷⁵ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 12 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1029.

²⁷⁶ TF 4A_143/2014, decisione del 23 giugno 2014, consid. 3.1; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 13 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1025; PASSADELIS, *ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 310; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.120.

²⁷⁷ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 2; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1027.

²⁷⁸ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 13 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1025; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.120.

successiva assunzione del mezzo di prova risulterebbe particolarmente difficoltosa²⁷⁹.

3. Condizioni ulteriori?

A) Pertinenza del mezzo di prova

Nell'ambito di una procedura di merito, il giudice è legittimato a respingere quei mezzi di prova che appaiono di primo acchito privi di pertinenza nell'ottica dell'evasione della causa²⁸⁰. Si pone dunque la questione a sapere se, anche in caso di assunzione anticipata di prove esposte a pericolo, il richiedente debba rendere verosimile che le medesime sono pertinenti nell'ottica dell'eventuale futura causa di merito. La risposta a tale domanda varia a dipendenza dello stadio processuale in cui l'istanza è presentata, ovvero se la stessa precede o è contestuale alla pendenza della lite principale. 172

a) *Prima della pendenza della causa di merito*

Nel caso in cui la richiesta di assunzione di prove a titolo cautelare, giustificata da un'esposizione a pericolo di uno o più mezzi di prova, preceda la causa di merito, la verosimiglianza della pertinenza degli stessi non è necessaria. Il giudice non è dunque tenuto a verificare la rilevanza e la capacità probatoria della prova postulata con riferimento alla pretesa di merito soggiacente alla domanda²⁸¹. 173

Vanno tuttavia riservati quei casi dove la o le prove richieste appaiano di primo acchito del tutto prive di qualsivoglia rilevanza, tanto da rendere la domanda totalmente assurda²⁸². 174

Alla luce di quanto esposto appare lecito sottolineare come l'onere per il richiedente di allegare e specificare la pretesa di merito soggiacente alla sua richiesta di tutela giurisdizionale, seppur non centrale come nel caso di invocazione di un interesse degno di protezione²⁸³, sia - anche in caso di riferimento ad un'esposizione a pericolo del mezzo di prova - non privo d'importanza. Soltanto in presenza di una domanda correttamente motivata e riferita, seppur sommariamente, ad una determinata pretesa di merito 175

²⁷⁹ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 2; STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 8; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 14 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1027.

²⁸⁰ Potere di apprezzamento anticipato delle prove: cfr. artt. 152 e 154 CPC.

²⁸¹ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 15 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1030; PASSADELIS, *ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC.

²⁸² FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 15 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1030; HURNI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 87.

²⁸³ Sul tema cfr. infra n. 227 - 230.

prospettata, il giudice potrà infatti valutare se i mezzi di prova richiesti possono ritenersi - ad una prima analisi - non del tutto privi di rilevanza.

b) Durante la pendenza della causa di merito

- 176 Ove invece la domanda s'innesti in una causa di merito pendente, la dottrina dominante ritiene di contro, a ragione, che il giudice deve ammettere l'amministrazione soltanto di quei mezzi di prova che di primo acchito appaiono rilevanti²⁸⁴. Si tratta, in altri termini, di non concedere l'assunzione di quei mezzi di prova la cui pertinenza, ad una prima analisi, non appare plausibile e che non verrebbero dunque amministrati ove richiesti nello stadio processuale istruttorio classico, in applicazione dell'art. 152 CPC. Tale soluzione è, non da ultimo, giustificata dal principio dell'economia processuale, per cui appare privo di senso amministrare dei mezzi di prova richiesti in via cautelare laddove - a fronte degli allegati introduttivi, parzialmente o completamente, presentati dalle parti - già si può ritenere che gli stessi non avrebbero scopo e ragione alcuna.

B) Imminenza di un processo di merito

- 177 Per quanto attiene all'imminenza di un processo di merito, la dottrina nega che il richiedente debba allegare e rendere verosimile una tale circostanza²⁸⁵. La soluzione mi sembra meritevole di condivisione. Seppur l'assunzione di prove a titolo cautelare sia uno strumento funzionale ad una causa di merito, è infatti chiaro che la stessa gode di una sua autonomia processuale. Soprattutto se confrontato con un'esposizione a pericolo di un mezzo di prova, il richiedente sarà comprensibilmente portato ad assicurare il materiale probatorio in discussione, anche dove una causa non sia imminente e finanche nel caso in cui la stessa non sia ancora un'opzione presa in considerazione. Ciò non toglie che, dati i presupposti legali, una tale assicurazione del materiale probatorio va concessa indipendentemente dal grado di probabilità di avvio di una successiva procedura giudiziaria, la stessa potendo peraltro essere pure funzionale alla conclusione di un accordo transattivo o all'incitazione ad una soluzione alternativa del litigio²⁸⁶. In conclusione, mi sembra giustificato ritenere che, per poter accedere allo strumento codificato all'art. 158 CPC, in presenza di un'esposizione a pericolo del mezzo di prova, basterà per il richiedente un interesse all'assunzione di quella prova, a prescindere dall'imminenza o meno della procedura di merito a cui l'amministrazione probatoria è funzionale.

²⁸⁴ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 16 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1030 e 1031.

²⁸⁵ MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 310.

²⁸⁶ Cfr. n. 36 segg.

4. Ampiezza e tematica dell'assunzione probatoria

Giustificandosi l'assunzione anticipata di un mezzo di prova col rischio di scomparsa del medesimo, dal mio punto di vista, la tipologia di accertamenti esperibili in via cautelare va limitata a quegli aspetti che realmente necessitano di essere anticipatamente "fotografati", ad esclusione invece delle questioni che potranno agevolmente essere chiarite anche nell'eventuale procedura di merito. La questione è di particolare importanza ed interesse ove la prova richiesta sia quella peritale. Non è, infatti, raro che il procedente, invocando un'esposizione a pericolo della prova, e meglio - spesso - una mutazione dello stato di fatto oggetto di prova²⁸⁷, postuli l'assunzione in via cautelare di un referto peritale proponendo dei quesiti, da sottoporre all'esperto giudiziario, che tuttavia esulano dal mero accertamento di quegli aspetti che verosimilmente in futuro non potranno più essere correttamente elucidati. Una tale richiesta non dovrebbe di principio essere accolta e la perizia andrebbe invece limitata alle questioni stringenti che meritano un'indagine immediata. In caso di difetti dell'opera nel contratto di appalto, basterà dunque, per esempio, che il perito esperisca un'ispezione oculare in loco accertando e dando riscontro della presenza di difetti e della loro causa, ad esclusione invece di accertamenti riguardanti la responsabilità, da un punto di vista tecnico e fattuale²⁸⁸, dell'appaltatore, la quale andrà approfondita nella procedura principale²⁸⁹.

Resta inteso che al richiedente è sempre aperta la possibilità di postulare un'assunzione probatoria più estesa e meglio abbracciante anche quegli aspetti non coperti da rischio d'impossibilità o difficoltà di futuro accertamento, invocando un suo interesse degno di protezione, per esempio la necessità di valutare le possibilità di esito favorevole di un futuro processo. Egli dovrà tuttavia chiaramente appellarsi aggiuntivamente a tale possibilità offerta dall'art. 158 cpv. 1 lett. b secondo periodo CPC, il semplice riferimento ad un'esposizione a rischio di scomparsa del mezzo di prova non giustificando a sé solo un'indagine di tale ampiezza.

IV. Sussistenza di un interesse degno di protezione

Giusta l'art. 158 cpv. 1 lett. b secondo periodo CPC, l'assunzione di prove a titolo cautelare è infine possibile ove il richiedente renda verosimile la sussistenza di un suo interesse degno di protezione. Si tratta in questo caso della

²⁸⁷ Cfr. infra n. 162 - 165.

²⁸⁸ Ad esclusione di valutazioni di natura giuridica, che esulano in ogni caso dalle competenze del perito.

²⁸⁹ In tal senso: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1028.

principale novità, per molti giuristi confederati²⁹⁰, in materia di assunzione anticipata di prove introdotta dal legislatore nel nuovo CPC.

1. Interesse degno di protezione

- 181 Come si è detto, per ottenere l'assunzione anticipata di determinati mezzi di prova, in assenza di base legale specifica o di messa in pericolo dei medesimi, il procedente deve rendere verosimile un suo interesse degno di protezione (*schutzwürdiges Interesse, intérêt digne de protection*). Il legislatore federale ha rinunciato a distinguere tra interesse giuridico ed interesse fattuale, come per esempio era previsto dal codice di rito bernese, che richiedeva la sussistenza di un interesse giuridico (*rechtliches Interesse*)²⁹¹. Ne viene che il richiedente ha la possibilità di appellarsi sia ad un suo interesse giuridico che ad un suo interesse fattuale all'assunzione anticipata di un determinato mezzo di prova²⁹². Determinante è che l'interesse sia rivolto all'assunzione anticipata del mezzo di prova in discussione²⁹³.
- 182 Il termine utilizzato dal legislatore è il medesimo previsto all'art. 59 cpv. 2 lett. a CPC, con riferimento ai presupposti processuali. I due concetti, seppur in parte sovrapponibili, non sono tuttavia totalmente interscambiabili. L'interesse degno di protezione di cui all'art. 59 CPC si riferisce, infatti, alla tutela giurisdizionale richiesta, nel senso che il procedente deve dimostrare un suo interesse a che la pretesa da lui allegata trovi tutela dinanzi ad un tribunale statale (*Rechtsschutzinteresse*)²⁹⁴. Di contro, l'interesse degno di protezione di cui all'art. 158 CPC, come visto, si riferisce all'assunzione della prova richiesta. Ne viene che si può ben dire che, colui che si appella all'art. 158 CPC, detiene un interesse degno di protezione ove un tale interesse si riferisca all'assunzione di una prova, la quale è atta a provare una pretesa di diritto materiale, per la quale sussiste un interesse degno di protezione all'ottenimento di tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 59 CPC²⁹⁵, l'assunzione di prove a titolo cautelare essendo uno strumento funzionale ad una tale causa principale.

²⁹⁰ Cfr. infra n. 59 - 65.

²⁹¹ Art. 227 cpv. 1 CPC/BE.

²⁹² KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 941; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 19 ad art. 158 CPC; STOLKIN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 20.

²⁹³ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 3; II CCA TI, 12.2011.177, del 24 febbraio 2012, consid. 7.

²⁹⁴ ZINGG, *BK ZPO*, n. 32 ad art. 59 CPC; GEHRI, *BSK ZPO*, n. 7 ad art. 59 CPC; ZÜRCHER, *Kommentar ZPO*, n. 12 ad art. 59 CPC; BOHNET, *CPC commenté*, n. 89 ad art. 59 CPC.

²⁹⁵ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 3.

A) Valutazione delle possibilità di esito favorevole di un futuro processo

Secondo il Messaggio del Consiglio federale²⁹⁶, un interesse degno di protezione sussiste in particolare qualora il richiedente allegghi una sua necessità di valutare le probabilità di vincere la causa o di riuscire a fornire determinate prove. 183

a) In generale

Da un punto di vista generale, il legislatore federale, analogamente a quanto previsto in precedenza nei cantoni di Basilea Città e Berna²⁹⁷, ha dunque messo a disposizione lo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare a quella parte che rende verosimile una necessità di valutare le possibilità di successo della causa di merito potenziale a cui l'assunzione probatoria postulata è funzionale²⁹⁸. 184

L'idea di fondo consiste nel mettere a disposizione delle parti uno strumento che permetta loro di valutare il ben fondato delle loro posizioni e argomentazioni, senza necessariamente dover avviare una procedura di merito. Spesso, infatti, la stessa parte che postula l'accertamento giudiziale relativo ad una determinata pretesa di diritto materiale non ha sempre piena cognizione della (totale) fondatezza della medesima. Si pensi in particolare a quelle fattispecie che, per loro natura, presentano delle caratteristiche tecniche tali che spesso sfuggono alla conoscenza di un profano. A titolo di esempio si potrebbe menzionare quella parte che subisce un incidente con conseguenze sulla sua salute sulle scale di un edificio aperto al pubblico, che ritiene difettose e non conformi agli standard di sicurezza del caso, da cui una pretesa responsabilità del proprietario dell'opera ai sensi dell'art. 58 CO. Orbene, la difettosità del manufatto in esame è una questione di fatto che necessita degli accertamenti tecnici, i quali nella procedura di merito verrebbero delegati ad un perito giudiziario. Grazie ad un'assunzione di prove a titolo cautelare, tale accertamento potrebbe essere 185

²⁹⁶ Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687.

²⁹⁷ Cfr. n. 60 e 62.

²⁹⁸ DTF 140 III 16, consid. 2.2.1; DTF 138 III 76, consid. 2.4.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24; TF 5A_832/2012, decisione del 25 gennaio 2013, consid. 7.1; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 9 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 4 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1036; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 3; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 17 ad art. 158 CPC; PASSADELIS, *ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 12 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 14 ad art. 158 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 311; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.121; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 71; LIVSCHITZ/SCHMID, *Sie wollen klagen*, pag. 742.

anticipato ad uno stadio precedente l'avvio della causa di merito²⁹⁹, fornendo così al danneggiato - ma anche al preteso responsabile - una buona base di valutazione delle rispettive posizioni.

b) In presenza di altri mezzi di prova

- 186 Da quanto esposto, ben si comprende come l'assunzione di prove a titolo cautelare - ove il richiedente fondi la propria richiesta sulla pretesa necessità di valutare le possibilità di esito favorevole di un futuro processo principale - presupponga un certo deficit d'informazioni o probatorio in capo al medesimo, tale da giustificare gli accertamenti richiesti. Si pone dunque la questione a sapere se - e in caso affermativo quando - la possibilità di applicazione dell'art. 158 CPC decada in presenza di altri mezzi di prova potenzialmente atti ad esperire una verifica sul ben fondato della propria pretesa.
- 187 Al riguardo, da un punto di vista generale, il Tribunale federale ha ricordato che lo scopo dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare non è quello di ottenere una valutazione vaga e generica delle opportunità processuali³⁰⁰, bensì di permettere un reale chiarimento delle prospettive del processo principale in generale e per quanto riferite agli aspetti probatori in particolare³⁰¹. Un sufficiente chiarimento delle prospettive processuali può così essere raggiunto soltanto mediante l'assunzione cautelare di prove atte e pertinenti per la dimostrazione della pretesa di diritto materiale soggiacente, le quali siano altresì suscettibili di avere un ruolo determinante nel futuro eventuale procedimento principale, ciò che è in particolare il caso ove il citato chiarimento necessiti di un referto peritale³⁰².

aa) Certificati medici

- 188 L'Obergericht del Canton Zurigo aveva sviluppato una prassi secondo la quale un interesse degno di protezione giustificante l'assunzione di prove a titolo cautelare, in particolare una perizia medica, non sarebbe da riconoscere ove il richiedente disponga già di numerose pezze giustificative, in specie certificati medici, atti a valutare le proprie prospettive processuali nell'ottica di un'azione in responsabilità civile³⁰³. In altri termini, occorrerebbe valutare di caso in caso

²⁹⁹ Riservata una riassunzione o una completazione nell'eventuale processo principale: cfr. infra n. 743 segg.

³⁰⁰ "eine vage Abschätzung der Prozesschancen".

³⁰¹ "eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen": DTF 140 III 24, consid. 3.3.3; DTF 140 III 16, consid. 2.5.

³⁰² DTF 140 III 24, consid. 3.3.3; DTF 140 III 16, consid. 2.5.

³⁰³ OGer ZH, LF130054, del 17 ottobre 2013, consid. 3.1; OGer ZH, LF130025, del 7 giugno 2013, consid. 2.1; OGer ZH, LF120024, del 14 maggio 2012, consid. III.9.2;

se detti certificati medici siano o meno sufficienti per basare una valutazione delle possibilità di successo della futura causa di merito, ritenuto che in ogni caso lo scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare non sarebbe quello di tutelare le parti da ogni rischio di causa³⁰⁴. Tale prassi è stata pure ripresa dal Tribunale cantonale grigionese³⁰⁵.

La giurisprudenza restrittiva descritta è stata oggetto di critiche dottrinali, le quali, rettamente, rilevavano come dei meri certificati medici non possano essere parificati ad una prova peritale, ragion per cui gli stessi non assurgerebbero a sufficiente strumento per una valutazione oggettiva delle prospettive processuali³⁰⁶. 189

In una sentenza del novembre 2013³⁰⁷, il Tribunale federale ha ritenuto la prassi adottata dalle autorità zurighesi non tutelabile, ponendo dunque fine alla medesima³⁰⁸. In sostanza, l'Alta Corte ha ricordato come dei certificati medici siano equiparabili ad una perizia di parte, la quale, per invalsa giurisprudenza, assurge, nel processo civile, a mera allegazione di parte e non a vero e proprio mezzo di prova dotato della medesima forza probatoria che, per esempio, ha invece una perizia giudiziaria³⁰⁹. In tali circostanze gli stessi non costituiscono una base sufficiente per poter esperire una chiara valutazione delle prospettive processuali e la loro esistenza non è sufficiente per negare la sussistenza di un interesse degno di protezione. 190

Personalmente ritengo che il punto di vista del Tribunale federale sia meritevole di condivisione. Negare un interesse degno di protezione per il solo fatto che il richiedente è già in possesso di pezze giustificative di parte equivarrebbe, infatti, a svuotare di gran parte del suo senso l'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare. Istituto che, come ricordato dall'Alta Corte, mira a permettere alle parti una valutazione chiara delle proprie chances di successo, ritenuto che solo in tal caso lo scopo finale dell'evitare inutili processi³¹⁰ può essere raggiunto. 191

OGer ZH, LF110116-O/U, del 20 dicembre 2011, pubblicata in: CAN 2012, n. 27, consid. 2.8.

³⁰⁴ OGer ZH, LF110116-O/U, del 20 dicembre 2011, pubblicata in: CAN 2012, n. 27, consid. 2.8; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 79.

³⁰⁵ KGer GR, ZK21216, del 25 aprile 2012, consid. II.4a (anche se invero, nel caso specifico, il tribunale ha poi ritenuto i certificati medici in questione non sufficienti, riconoscendo un interesse degno di protezione all'assunzione di una prova peritale: cfr. consid. II.4b).

³⁰⁶ STOLKIN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 26.

³⁰⁷ DTF 140 III 16; confermato in DTF 140 III 24.

³⁰⁸ OGer ZH, PF130063, del 2 aprile 2014, consid. 3.3.

³⁰⁹ DTF 140 III 24, consid. 3.3.3; DTF 140 III 16, consid. 2.5; MÜLLER, *Arztzeugnisse*, pag. 169.

³¹⁰ Sul tema cfr. n. 208 segg.

- 192 È tuttavia ben vero che nel processo di merito il certificato medico, seppur non assurga a prova assoluta ed incontrovertibile e soggiaccia a libero apprezzamento, ha certamente un notevole valore probatorio, nella misura in cui il giudice vi farà di principio affidamento, salvo che la controparte, mediante altri mezzi di prova, apporti seri dubbi sull'attendibilità del medesimo³¹¹. In tali circostanze ci si può dunque domandare se la lapidaria conclusione dei giudici federali sopra ricordata sia sempre giustificata, soprattutto in quei casi ove il richiedente disponga già di certificati medici dettagliati ed allestiti da un medico specialista³¹², che nel processo di merito assurgerebbero ad importante mezzo di prova.
- 193 Ora, al riguardo occorre ricordare che nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non avviene alcun apprezzamento delle prove³¹³ ed il giudice deve valutare l'adempimento delle condizioni di applicazione dell'art. 158 CPC, tra le quali la sussistenza di un interesse degno di protezione, in un'ottica di mera verosimiglianza³¹⁴. In tali circostanze, dal mio punto di vista, è di principio escluso che egli proceda ad una valutazione anticipata della valenza probatoria di un determinato certificato medico, rispondendo per esempio alle questioni a sapere se questo sia generico o abbastanza dettagliato o se emani da un medico sufficientemente specialistico o meno. Peraltro, come indicato sopra, la portata del certificato medico quale mezzo di prova nel processo principale dipenderà pure in larga misura dalle contestazioni della controparte e dalle prove di segno opposto che questa apporterà, sulle quali, allo stadio dell'assunzione di prove a titolo cautelare, normalmente tutto s'ignora.
- 194 Ne viene che, secondo l'opinione qui sostenuta, allo stadio della procedura di assunzione anticipata di prove il giudice non potrà e non dovrà analizzare approfonditamente il o i certificati medici a disposizione del richiedente, per rispondere alla questione a sapere se questi gli consentano una concreta valutazione delle proprie prospettive processuali. Egli dovrà invece attenersi al principio per cui un certificato medico è, indipendentemente dal suo grado di approfondimento e dal tipo di medico da cui emana, una mera allegazione di parte la quale non è dunque sufficiente per poter escludere un interesse degno di protezione all'assunzione di un mezzo di prova in via cautelare, in particolare

³¹¹ TF 8C_619/2014, decisione del 13 aprile 2015, consid. 3.2.1; TF 4A_289/2010, decisione del 27 luglio 2010, consid. 3.2; TF 4A_427/2009, decisione del 28 luglio 2009, consid. 3.1.3; TF 1C_64/2008, decisione del 14 aprile 2008, consid. 3.4; MÜLLER, *Arztzeugnisse*, pag. 169; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, pagg. 227 - 228 ; STENGEL, *Vertrauensarzt*, pag. 91; KÄLIN, *Arztzeugnis als Beweismittel*, pagg. 337 e 338.

³¹² Sul tema della completezza ed approfondimento dei certificati medici cfr. STENGEL, *Vertrauensarzt*, pagg. 185 segg.

³¹³ Cfr. infra n. 472 - 473.

³¹⁴ Cfr. n. 240 segg.

una perizia. D'altro canto, che una perizia assunta in una procedura giudiziaria contraddittoria sia un mezzo di prova ben più idoneo a valutare le proprie prospettive processuali rispetto ad un, seppur dettagliato, certificato medico, mi sembra indubbio.

bb) Perizia di parte

Quanto esposto in precedenza, con riferimento ai certificati medici, deve valere, per estensione, anche ad una perizia di parte nella sua accezione generale. In diritto privato una tale perizia assurge, infatti, a mera allegazione di parte, senza particolare portata probatoria³¹⁵. L'esistenza di un tale referto di parte non è dunque sufficiente per poter negare un interesse degno di protezione all'assunzione di prove a titolo cautelare, in particolare all'assunzione anticipata di una perizia giudiziaria³¹⁶. 195

Un'eccezione ricorre, secondo la giurisprudenza zurighese, unicamente nel caso in cui la perizia di parte sia stata allestita da persona indipendente e dalle comprovate conoscenze tecniche o scientifiche necessarie e questo su incarico di entrambe le parti. In tal caso, il valore probatorio del referto peritale può, infatti, essere comparato a quello di una perizia giudiziaria³¹⁷ e l'interesse degno di protezione all'assunzione di un'ulteriore perizia viene dunque meno³¹⁸. La soluzione proposta mi sembra condivisibile. In presenza di una perizia che - seppur fatta allestire dalle parti all'infuori di una procedura giudiziaria - assume pieno valore probatorio nella procedura principale, mi sembra giustificato ritenere che il richiedente sia così in possesso di sufficienti riscontri che gli permettono una valutazione seria delle proprie prospettive processuali e che un suo interesse all'allestimento di un ulteriore referto sia dunque da negare. 196

cc) Perizia esperita in altra procedura

Una diversa conclusione, rispetto a quella esposta con riferimento alla perizia (unilaterale) di parte, si giustifica di contro ove una perizia sia già stata assunta in un'altra procedura giudiziaria (*Fremdgutachten*) ed abbia il medesimo contenuto di quella sollecitata dinanzi al giudice civile. Riferendosi ad una perizia medica assunta in una parallela procedura in materia di assicurazioni 197

³¹⁵ DTF 141 III 433, consid. 2.6; DTF 135 III 670, consid. 3.3.1; DTF 132 III 83, consid. 3.4; DTF 127 I 73, consid. 3f/bb.

³¹⁶ KGer VS, C113287, del 12 maggio 2014, pubblicata in ZWR 2015, 127, consid. 3.4; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 315; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 11 ad art. 158 CPC; REETZ, *Neue Akzente*, pag. 140.

³¹⁷ DTF 86 II 129, consid. 3; TF 4P.133.1993, decisione del 29 settembre 1993, consid. 2a, riportata in: JÄGER/SCHWEITER, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Arzthaftpflicht- und Arztstrafrecht*, pagg. 214 segg.

³¹⁸ OGer ZH, LF150020, del 4 dicembre 2015, consid. 2.5; OGer ZH, LF140054, del 3 marzo 2015, consid. 3.6.1; OGer ZH, LF110134, del 11 aprile 2012, consid. 7.2.

sociali, il Tribunale federale, tutelando una sentenza turgoviese, ha, infatti, confermato che una perizia assunta da un'altra autorità va trattata dal giudice civile alla stregua di una perizia giudiziaria con analoga portata probatoria³¹⁹. Ne viene che il richiedente che beneficia già di una tale perizia non detiene alcun interesse degno di protezione all'assunzione di un nuovo referto peritale in via cautelare³²⁰, ritenuto che eventuali domande complete al perito o un nuovo referto, vanno rinviati alla causa di merito³²¹.

dd) Riassunzione di prove già amministrate

aaa) Riflessioni generali

- 198 Per quanto attiene invece alla riassunzione di prove in precedenza già amministrate, il Tribunale federale ha indicato come lo scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare non sia quello di mettere in discussione un mezzo di prova pertinente già assunto, in specie una perizia, con un nuovo mezzo di prova, ragione per cui, in tali circostanze, un interesse degno di protezione deve essere negato³²².
- 199 La soluzione mi sembra condivisibile, considerato come nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non avvenga alcun apprezzamento delle prove da parte del giudice. In tali circostanze, un nuovo mezzo di prova che si dovesse rivelare contraddittorio con quello in precedenza assunto, non sarebbe in ogni caso suscettibile di apportare un miglior chiarimento alla parte interessata sulle sue prospettive processuali. Confrontato con due mezzi di prova di segno opposto, il richiedente non avrebbe, in altri termini, a disposizione una miglior base sulla quale valutare le possibilità di esito favorevole della causa di merito, ritenuto appunto che tali prove contrastanti verrebbero apprezzate dal giudice solo nel processo principale, unitamente alle ulteriori prove assunte nello stadio classico dedicato all'istruttoria. La situazione del richiedente non sarebbe dunque migliore, non avendo egli a disposizione alcun elemento oggettivo per determinare quale delle due prove assunte - ad esempio due perizie che si contraddicono - sarà ritenuta più convincente da parte del giudice, al momento in cui procederà all'apprezzamento delle prove. Ne viene che un interesse degno di protezione alla riassunzione di una prova già amministrata va escluso.
- 200 A titolo di esempio si pensi a quel committente che postula e ottiene l'assunzione di una perizia a titolo cautelare, motivata dalla necessità di valutare

³¹⁹ DTF 140 III 24, consid. 3.3.1.3; TF 4A_604/2013, decisione del 25 aprile 2014, consid. 2.2.

³²⁰ TF 4A_604/2013, decisione del 25 aprile 2014, consid. 2.5.

³²¹ DTF 140 III 24, consid. 3.3.1.3.

³²² DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; TF 4A_604/2013, decisione del 25 aprile 2014, consid. 2.2.

le prospettive processuali di un'eventuale azione nei confronti dell'appaltatore, a seguito di asseriti difetti dell'opera. Nel caso in cui la perizia rimessa dall'esperto incaricato neghi l'esistenza di tali difetti - indicando ad esempio che le lacune lamentate rientrano in realtà nei limiti di tolleranza concessi dalle regole dell'arte - un interesse degno di protezione del richiedente all'assunzione di una seconda perizia sul medesimo tema va escluso. Difatti, anche laddove la nuova perizia dovesse essere più favorevole alle tesi dell'istante, egli non avrebbe in ogni caso nessun elemento oggettivo per poter valutare quale dei due referti sia più attendibile e quale sarà l'apprezzamento che esperirà il giudice nella causa di merito, una volta assunti tutti i mezzi di prova. Nell'ottica della valutazione delle chances di successo della futura causa di merito, l'ulteriore perizia sarebbe dunque inutile, motivo per cui un interesse degno di protezione all'assunzione della medesima va appunto negato. D'altro canto, ammettere il contrario, equivarrebbe ad aprire il campo ad una riassunzione indiscriminata di più mezzi di prova, con l'unico scopo di metterne in discussione una prova precedentemente assunta, ciò che certo esula dallo scopo mirato dal legislatore con l'introduzione dell'art. 158 CPC.

Dalla costellazione descritta va tuttavia chiaramente distinto il caso in cui la prova assunta in via cautelare, in particolare quella peritale, appalesi delle manifeste carenze o risulti inconcludente su punti essenziali. In tal caso i meccanismi specifici di tutela previsti dal CPC tornano certamente applicabili ed il giudice, su istanza di parte o d'ufficio, potrà ordinare un complemento peritale oppure far capo ad un nuovo perito³²³. 201

bbb) Riassunzione della prova testimoniale

Con particolare riferimento alla riassunzione a titolo cautelare della prova testimoniale, il Tribunale federale³²⁴, seppur non entrando nel merito del ricorso, ha, in un *obiter dictum*, confermato una decisione lucernese³²⁵ che negava un interesse degno di protezione all'audizione di testimoni per i quali erano già stati redatti dei verbali e giacevano nell'incarto delle dichiarazioni rese con riguardo alla fattispecie litigiosa. A mente dei giudici federali la mera allegazione del fatto che alcune dichiarazioni rese dai testi non sarebbero facilmente valutabili non è sufficiente per giustificare un'assunzione di prove a titolo cautelare, considerato pure che, prima di una causa di merito, non è mai possibile accertare con sicurezza cosa un teste esattamente dichiarerà, ritenuto che allo stadio dell'assunzione anticipata di prove, in ogni caso, non avviene alcun apprezzamento delle prove. 202

³²³ Art. 188 cpv. 2 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 889; SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 7 ad art. 188 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 8 segg. ad art. 188 CPC.

³²⁴ TF 4A_118/2012, decisione del 19 giugno 2012, consid. 2.2.

³²⁵ OGer LU, 1B1140, del 13 gennaio 2012, in: CAN 2013, n. 26.

- 203 Dal mio punto di vista, la decisione del Tribunale federale, seppur vada condivisa nel risultato a cui conduce³²⁶, non risulta del tutto convincente nelle sue motivazioni. Negare la possibilità di riassumere una prova testimoniale in via cautelare, con la motivazione che è difficilmente valutabile come un teste deporrà nella causa di merito, è, dal mio punto di vista, un paradosso. Lo scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare è proprio quello di alleviare tali rischi del processo, permettendo alla parte interessata di farsi un'idea di quelle che saranno le sue possibilità probatorie nella causa di merito e dunque anche di determinare in che misura un testimone potrà concorrere a dimostrare le tesi alla base della pretesa di diritto materiale allegata. La problematica evocata dai giudici federali non si riferisce peraltro specificatamente alla riassunzione di un teste già escusso, ma riguarda l'audizione testimoniale in generale.
- 204 È tuttavia chiaro, ed in tal senso le motivazioni addotte dall'autorità inferiore mi sembrano ben più convincenti³²⁷, che, laddove i testi in questione siano già stati sentiti in un contesto tale per cui la forza probatoria delle relative dichiarazioni può essere comparata con quella della testimonianza nel processo civile³²⁸, l'interesse degno di protezione del richiedente viene meno, poiché questi dispone già di riscontri probatori sufficienti per esperire una valutazione delle proprie prospettive processuali. E una nuova audizione testimoniale, eventualmente con lo scopo di mettere in discussione la precedente, non entra in linea di conto: il fine dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare non essendo quello di esporre al vaglio critico dei mezzi di prova già assunti e che risultano probatoriamente idonei³²⁹.
- 205 In altri termini, mi sembra perfettamente corretto che la nuova audizione di testimoni già escussi in altra procedura - per esempio di natura penale - o da parte di altra autorità - quale quella di polizia - vada di principio esclusa, qualora questi ultimi siano chiamati ad esprimersi sui medesimi fatti di cui hanno riferito nella precedente audizione. Tale esclusione è giustificata dal fatto che, in tal caso, il richiedente dispone già di un prodotto probatorio comparabile a quello dell'audizione testimoniale a cura del giudice civile, che gli consente dunque una sufficiente valutazione delle proprie prospettive processuali, ragione per cui

³²⁶ Critici: MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 314; SCHUMACHER, *Bundesgerichtspraxis zur vorsorglichen Beweisführung*, pag. 36.

³²⁷ OGer LU, 1B1140, del 13 gennaio 2012, in: CAN 2013, n. 26, consid. 7.3; in tal senso anche: FINK, *Private Zeugenbefragung*, n. 455 e nota 1331.

³²⁸ Si pensi per esempio alle dichiarazioni rese a verbale di polizia o in un procedimento penale.

³²⁹ DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; cfr. n. 198; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1057.

una riassunzione della prova in questione va esclusa, esulando l'apprezzamento di più prove, se del caso contraddittorie, dallo scopo dell'art. 158 CPC³³⁰.

ccc) Distinzioni

Da ultimo, mi sembra importante sottolineare come la riassunzione di un mezzo di prova - ovvero il tentativo di mettere in discussione un mezzo di prova già in precedenza assunto - non vada confusa con l'assunzione di altri mezzi di prova, rispettivamente con l'assunzione della medesima prova, che porta tuttavia su di una tematica diversa. In questo caso, dal mio punto di vista - a condizione chiaramente che il richiedente renda verosimile un suo interesse degno di protezione all'ulteriore amministrazione probatoria - la nuova richiesta non può essere d'acchito esclusa. 206

Al riguardo, a titolo di esempio, si pensi a quella parte che ottiene l'audizione in via cautelare di un teste e chiede poi, con una nuova domanda ex art. 158 CPC, di procedere anche all'interrogatorio della controparte o all'audizione di un altro testimone, con lo scopo di meglio poter valutare le sue prospettive processuali. In questo caso ritengo che il giudice non potrà respingere d'acchito la richiesta, ma dovrà esaminare se, nonostante il materiale probatorio a disposizione del richiedente, sussista un suo interesse degno di protezione all'assunzione delle ulteriori prove richieste. Parimenti si pensi a quella parte che, ottenuto un referto peritale sull'esistenza di una determinata patologia, ne postula poi un secondo, sulla sussistenza di un nesso causale naturale tra quella patologia ed un incidente stradale. Anche in questo caso, impregiudicata la necessità di rendere verosimile un interesse degno di protezione con riferimento alla nuova assunzione probatoria richiesta, mi sembra giustificato ritenere che, concettualmente, nulla osti ad un tale modo di procedere. 207

B) Riduzione dei procedimenti inutili e semplificazione del processo principale

Sempre secondo il già citato Messaggio del Consiglio federale³³¹, uno degli scopi dell'assunzione di prove a titolo cautelare è quello di evitare i procedimenti giudiziari inutili. 208

a) In generale

Da un punto di vista generale, il legislatore federale, al momento dell'introduzione nel CPC dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare, ha dunque ritenuto opportuno concedere alle parti uno strumento 209

³³⁰ TF 4A_118/2012, decisione del 19 giugno 2012, consid. 2.2; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 82.

³³¹ Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687.

suscettibile di ridurre al minimo l'avvio di quelle procedure che sin dal loro inizio sono volte all'insuccesso, permettendo loro di far amministrare anticipatamente dei mezzi di prova idonei a valutare le rispettive prospettive processuali³³².

- 210 L'estensione della possibilità di assunzione anticipata di determinati mezzi di prova si giustifica, non da ultimo, per ragioni di economia processuale³³³, nonché di contenimento dei costi in cui una parte rischia di incorrere procedendo direttamente con una causa di merito, sia essa completa o parziale³³⁴. Il tutto dovrebbe poi permettere di ottenere un alleggerimento del carico di lavoro dei giudici³³⁵, aspetto sul quale tuttavia sussistono seri dubbi³³⁶, ritenuto come spesso l'introduzione di un'istanza fondata sull'art. 158 CPC rischia di causare soltanto ulteriore lavoro al tribunale, certamente in quei casi ove lo scopo di evitare la causa principale non è raggiunto. Sia quel che sia, dal mio punto di vista, lo strumento in analisi va in ogni caso considerato principalmente al servizio delle parti e non va svilito ad un mero strumento di riduzione delle pendenze dei tribunali. In altri termini, mi sembra importante ricordare che il legislatore ha inteso conferire alle parti una mera facoltà di chiarire a priori le proprie prospettive processuali, e non un obbligo. Non si tratta insomma di riverberare sulle parti l'onere di sgravare i tribunali dal loro carico di lavoro.
- 211 Il risultato dell'evitare la procedura principale può essere raggiunto sia perché il richiedente - una volta assunti i mezzi di prova del caso e resosi conto delle sue prospettive processuali - rinuncia alla sua pretesa di merito soggiacente, sia tramite la conclusione di un accordo transattivo con la controparte, la quale potrebbe anche acquiescere alle pretese avversarie. In tal senso, l'assunzione di un determinato mezzo di prova in via cautelare ed in particolare di un referto peritale, può assurgere a valida e solida base su cui costruire una trattativa tra le parti, le quali saranno meglio in grado di valutare i rispettivi rischi di causa³³⁷.

³³² DTF 138 III 76, consid. 2.4.2; TF 5A_832/2012, decisione del 25 gennaio 2013, consid. 7.1; TF 4A_488/2012, decisione del 5 novembre 2012, consid. 2.2; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 3 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 9 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1036; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 17 ad art. 158 CPC; PASSADELIS, *ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 12 ad art. 158 CPC; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1481; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 71.

³³³ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 71; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 759.

³³⁴ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 72; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 3 ad art. 158 CPC.

³³⁵ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 72.

³³⁶ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 72; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 14 ad art. 158 CPC.

³³⁷ DTF 140 III 16, consid. 2.5; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 17a ad art. 158 CPC; PASSADELIS, *ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1037; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 71.

b) Estensione alla semplificazione del processo principale?

Alcuni autori ritengono che, accanto allo scopo di evitare i procedimenti giudiziari inutili, l'assunzione di prove a titolo cautelare debba pure mirare alla semplificazione dei medesimi³³⁸, come peraltro già previsto in precedenza nel Cantone di Basilea Città³³⁹, il quale durante la procedura consultazione ha proposto l'inserimento anche nel CPC unificato della possibilità di assumere anticipatamente dei mezzi di prova in presenza di un interesse degno di protezione³⁴⁰. Altri autori negano invece tale estensione applicativa, rifacendosi in particolare al testo del Messaggio del Consiglio federale e ricordando come il CPC metta a disposizione delle parti altri strumenti atti a semplificare il processo principale³⁴¹.

Dal mio punto di vista, la proposta estensione applicativa alla semplificazione del processo principale appare condivisibile, indipendentemente dal fatto che menzione non sia stata fatta nel Messaggio del Consiglio federale. Nell'ottica dell'economia processuale appare, infatti, opportuno mettere a disposizione delle parti uno strumento efficace che permetta loro di amministrare anticipatamente delle prove con lo scopo di semplificare la futura procedura di merito, anche se ciò non condurrebbe necessariamente ad evitare del tutto la medesima. Occorre poi rilevare come spesso il confine tra l'evitare ed il semplificare una procedura di merito sia assai labile. L'assunzione anticipata di una determinata prova potrebbe, infatti, permettere di chiarire un aspetto litigioso della vertenza tra le parti (per esempio la questione della prescrizione della pretesa attorea), semplificando dunque il futuro processo che porterà sui restanti aspetti controversi, ma nello stesso tempo favorire una maggior volontà transattiva tra i contendenti, ciò che in fin dei conti potrebbe anche condurre ad un accordo transattivo complessivo ed alla rinuncia alla procedura principale. In altri termini, ritengo che i concetti di semplificare ed evitare, riferiti alla procedura di merito, tendano spesso a confondersi e sovrapporsi, a dipendenza dell'angolazione da cui gli stessi vengono analizzati. Una rigida distinzione non appare dunque giustificata.

È certo vero che il legislatore ha messo a disposizione delle parti altri strumenti atti a semplificare la procedura di merito, in particolare agli artt. 125 e 226 CPC.

³³⁸ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 17a ad art. 158 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 141; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 12 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 71; STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 10; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 4 ad art. 158 CPC; in tal senso anche: HGer AG, HSU.2011.181, del 2 novembre 2011, pubblicata in CAN 2012, n. 26, consid. 6.1.

³³⁹ Cfr. n. 62.

³⁴⁰ Cfr. n. 111.

³⁴¹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1038.

Non va tuttavia dimenticato che a tali strumenti si può ricorrere solo una volta introdotta la causa di merito, la quale porterà dunque, almeno in uno stadio iniziale³⁴², anche su quegli aspetti suscettibili di semplificazione. Al contrario, il preventivo ricorso allo strumento codificato all'art. 158 CPC, potrebbe permettere di espungere dall'oggetto litigioso alcuni aspetti, riducendo dunque le questioni contestate ad un perimetro più contenuto. Di conseguenza, la procedura di merito risulterebbe sin dal suo inizio snellita e semplificata, con un potenziale impatto sui relativi costi e tempistiche. A ciò si aggiunga che gli strumenti di semplificazione in questione sono sorretti da una logica di mera facoltatività, nella misura in cui il giudice non è obbligato a ricorrervi e le parti non possono nemmeno pretenderlo³⁴³. Al contrario, l'art. 158 CPC, ove il richiedente dimostri l'adempimento delle relative condizioni di applicazione, conferisce a quest'ultimo un vero e proprio diritto ad una determinata attività istruttoria da parte del giudice. A mio parere tali strumenti sono dunque in parte diversi e da intendersi come complementari a quello concesso dall'art. 158 CPC, la cui applicazione non può dunque essere per solo questo fatto esclusa³⁴⁴.

- 215 Come si è già detto in precedenza³⁴⁵, seppur il riferimento alla potenziale semplificazione di un'eventuale procedura principale potrebbe fondare un interesse degno di protezione di una parte che giustifica l'assunzione di una o più prove a titolo cautelare, non va dimenticato che il ricorso ad un tale strumento è suscettibile, in alcuni casi, di rivelarsi finanche controproducente. Il ricorso all'art. 158 CPC potrebbe, infatti, persino complicare il processo di merito, nella misura in cui in quella sede dovessero sorgere delle contestazioni sull'utilizzabilità della prova anticipatamente assunta o sulla sua valenza e portata probatoria. In altri termini, l'istituto in analisi ha insito, accanto alle sue potenzialità di evitazione e semplificazione del processo principale, anche un rischio di decelerazione e complicazione di quest'ultimo che non può essere sconosciuto. Tale problematica è tuttavia indipendente dalla questione a sapere se il richiedente giustifichi la sua domanda allegando una potenziale semplificazione del processo oppure la possibilità di evitare il medesimo. Anche in quest'ultimo caso, il rischio che, oltre a non evitare l'introduzione della causa di merito, quest'ultima ne risulti aggravata e complicata, non può essere, infatti, escluso.
- 216 Riassumendo, dal mio punto di vista, il ricorso allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare allegando un interesse degno di protezione individuabile

³⁴² Classicamente, prima di mettere in opera gli strumenti di semplificazione del processo di cui agli artt. 125 e 226 CPC, il giudice ordinerà almeno un primo scambio di allegati introduttivi, al fine di comprendere gli aspetti effettivamente litigiosi tra le parti.

³⁴³ Cfr. n. 15.

³⁴⁴ Sul tema cfr. anche infra n. 294 - 295.

³⁴⁵ Cfr. infra n. 41 - 42.

nella necessità di semplificare una procedura principale non può essere del tutto escluso. Il riferimento all'evitazione della causa principale contenuto nel Messaggio del Consiglio federale è puramente esemplificativo e gli altri strumenti contenuti nel CPC, oltre a presupporre la pendenza della procedura di merito, hanno, secondo l'opinione qui sostenuta, caratteristiche e portata applicativa in parte diverse³⁴⁶. Da qui il loro carattere complementare per rapporto allo strumento ora in esame. Resta il fatto che l'assunzione di prove a titolo cautelare non può essere considerata un'arma infallibile di semplificazione del processo di merito. Come peraltro nel caso in cui mirata sia l'evitazione del processo principale, lo strumento in questione è performante in caso di successo, mentre nell'insuccesso il medesimo rischia di avere effetti persino controproducenti, complicando ed aggravando il conflitto tra le parti. In tutti i casi, prima di ricorrere all'art. 158 CPC, le parti dovranno dunque ben ponderare pro e contro insiti nella scelta di tale via processuale.

C) Interesse degno di protezione e difesa da una pretesa di merito

Classicamente, la necessità per una parte di valutare le proprie prospettive processuali viene accomunata al bisogno del futuro attore di determinare il ben fondato e le possibilità probatorie della pretesa di diritto materiale che questi intende imporre nell'ambito di una procedura principale. Ciò è sicuramente corretto. Tuttavia il concetto di valutazione delle prospettive processuali non si esaurisce nella necessità per l'attore di colmare un proprio deficit d'informazioni o probatorio per rapporto alla propria eventuale futura azione, ma può pure abbracciare quei casi in cui è il potenziale convenuto a volersi procacciare quei mezzi probatori difensivi che potrebbero permettergli di evitare di essere coinvolto in una futura procedura. 217

a) In generale

Da un punto di vista generale la dottrina³⁴⁷ ammette che l'interesse degno di protezione può essere riferito sia ad una pretesa di merito del futuro attore, che alla difesa da una tale pretesa da parte del potenziale convenuto. Tale soluzione mi sembra pienamente condivisibile, ritenuto come il potenziale di evitazione di una causa di merito non sussiste solo in capo al futuro attore, ma può pure dipendere dal convenuto, il quale può riconoscere la pretesa avversaria oppure accettare di intavolare delle trattative volte alla conclusione di un accordo transattivo. 218

³⁴⁶ Cfr. infra n. 213 - 214.

³⁴⁷ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1037; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 3; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 9 ad art. 158 CPC; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.121; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 17 ad art. 158 CPC; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 317.

- 219 Secondo SCHWEIZER³⁴⁸, tuttavia, il convenuto che intende assumere a titolo cautelare delle prove atte a corroborare la propria tesi difensiva dovrebbe motivare in modo specifico la sua richiesta, in applicazione analogica dei principi esistenti in materia di azione di accertamento negativo³⁴⁹. Egli dovrà dunque rendere verosimile un suo interesse rilevante, allegando che tra le parti sussiste una situazione giuridica incerta che non può più oggettivamente essere sopportata. Tale interesse dovrebbe poi essere prioritario a quello della controparte di poter determinare in modo indipendente il momento in cui far valere le proprie pretese e di conseguenza procedere all'assunzione delle prove pertinenti nell'ottica della dimostrazione della medesima³⁵⁰.
- 220 Personalmente non condivido l'opinione dell'autore citato. Trattare in modo diverso il potenziale attore che intende valutare le proprie prospettive processuali rispetto al potenziale convenuto che mira ad ottenere il medesimo risultato non mi sembra infatti corretto; l'interesse degno di protezione di entrambi deve, dal mio punto di vista, essere valutato nello stesso modo, riferendosi soltanto ai presupposti sviluppati dalla giurisprudenza in relazione all'art. 158 CPC. In una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non si tratta, infatti, a differenza che in un'azione di accertamento negativo, di anticipare l'accertamento giudiziario della pretesa litigiosa tra le parti, bensì unicamente di assumere anticipatamente delle prove che permettano di meglio valutare le prospettive processuali riferite alla pretesa di merito stessa, con lo scopo di eventualmente evitare un tale accertamento. Non si tratta, in altri termini, di obbligare la controparte che vanta una determinata pretesa a far valere la stessa prima di quando avrebbe voluto, ma soltanto di permettere al futuro potenziale convenuto di farsi una migliore idea delle sue chances in un'eventuale futura procedura, ciò che potrebbe condurlo finanche ad ammettere la pretesa avversaria o a rendersi disponibile ad una discussione transattiva sulla medesima. In fin dei conti, i criteri restrittivi proposti da SCHWEIZER non mi sembrano giustificati ed adeguati per questa tipologia di procedura, che mira unicamente all'assunzione di mezzi di prova. Resta inteso che, ove il convenuto decida poi di avviare un'azione di accertamento negativo a seguito dell'ottenimento delle prove in questione, convinto dell'infondatezza della pretesa di merito avversaria, egli dovrà allora, ma solo a quello stadio della lite, chiaramente allegare e dimostrare un suo interesse specifico nel senso più volte indicato dalla giurisprudenza.

³⁴⁸ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 3.

³⁴⁹ Così anche: FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 19g ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 68 nota 42.

³⁵⁰ Sull'interesse ad un'azione di accertamento negativo cfr.: DTF 136 III 523, consid. 5; DTF 135 III 378, consid. 2.2; DTF 131 III 319, consid. 3.5, DTF 123 III 414, consid. 7b; DTF 120 II 20, consid. 3a; DTF 110 II 352, consid. 2.

b) Assunzione di una controprova

Con riferimento specifico all'assunzione anticipata di una controprova, ovvero quella prova che può apportare la parte non gravata dal relativo onere³⁵¹, il Tribunale federale è parso dubitativo sulla sua ammissibilità già in via cautelare, lasciando tuttavia la questione indecisa³⁵². Ora, dal mio punto di vista la questione determinante è quella di sapere, in applicazione della giurisprudenza del Tribunale federale, se l'assunzione anticipata di una controprova è suscettibile di permettere ad una parte, in specie al convenuto, di meglio valutare le sue prospettive processuali. Al riguardo occorre ricordare che una controprova ha quale scopo di mettere in dubbio, se non neutralizzare, il valore probatorio di una prova principale³⁵³. La risuscita o meno di tale esercizio di messa in discussione è tuttavia strettamente dipendente dal libero apprezzamento che farà il giudice del materiale probatorio complessivamente a sua disposizione. Sennonché un tale apprezzamento delle prove non avviene in caso di assunzione in via cautelare, ragione per cui, una volta assunta la pretesa controprova, ben difficilmente la parte che la ha sollecitata si troverà in una situazione permettente una migliore valutazione delle proprie chances nella causa principale. Semplicemente essa disporrà di una prova principale e di una potenziale controprova, sulla cui efficacia di neutralizzazione non avrà tuttavia alcun riscontro oggettivo, tale aspetto potendo essere valutato dal giudice solo nella procedura di merito. In tali circostanze ritengo che un interesse degno di protezione all'assunzione di una controprova già in via cautelare sia sostanzialmente da negare.

2. Riferimento ad una pretesa di diritto materiale

La parte che intende ottenere l'assunzione di un mezzo di prova a titolo cautelare non può limitarsi ad allegare la necessità di valutare le sue prospettive processuali e probatorie, ciò non bastando a rendere verosimile un suo interesse degno di protezione. L'assunzione di prove a titolo cautelare può, infatti, entrare in linea di conto solo dove questa sia riferita e funzionale ad una concreta pretesa di diritto materiale soggiacente, per la cui dimostrazione il mezzo di prova richiesto risulta pertinente³⁵⁴. In altri termini, il richiedente che si appella all'art. 158 CPC invocando un suo interesse degno di protezione deve rendere verosimile l'esistenza di uno stato di fatto sulla base del quale egli fonda una sua

³⁵¹ *Gegenbeweis, contre-preuve.*

³⁵² TF 4A_342/2014, decisione del 17 ottobre 2014, consid. 5.2.

³⁵³ DTF 120 II 393, consid. 4b; DTF 115 II 305; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 0.4; HOHL, *Procédure civile*, n. 1132.

³⁵⁴ DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; DTF 138 III 76, consid. 2.4.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24; TF 4A_488/2012, decisione del 5 novembre 2012, consid. 2.2.

pretesa di diritto materiale nei confronti della controparte, per la cui prova, il mezzo di prova richiesto è suscettibile di risultare pertinente³⁵⁵.

- 223 Il fatto poi che la controparte contesti lo stato di fatto alla base della pretesa affacciata dall'istante, non osta all'ammissione della domanda di assunzione anticipata di prove³⁵⁶. Anzi, come rettamente rilevato dal Tribunale federale, l'interesse degno di protezione dell'istante fonda le sue radici proprio in questa litigiosità sullo stato di fatto in questione, che giustifica un'assunzione probatoria volta a permettere una valutazione delle prospettive processuali e probatorie³⁵⁷.
- 224 La prova della verosimiglianza dell'esistenza di una pretesa di merito soggiacente non va tuttavia confusa con la prova del buon fondamento di tale pretesa³⁵⁸. Inoltre, dal richiedente non può essere preteso di rendere verosimili quei fatti che devono essere provati mediante il mezzo di prova di cui è richiesta l'amministrazione, in caso contrario lo scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare venendo frustrato. Con riferimento a tali fatti, all'istante basterà dunque un'allegazione circostanziata³⁵⁹.
- 225 Correttamente, una parte della dottrina ha tuttavia rilevato che le condizioni per poter ottenere l'assunzione di prove a titolo cautelare, con riferimento alla verosimiglianza dell'esistenza di una pretesa di merito, non devono essere rese troppo restrittive, parificandole o avvicinandole a quelle pretendibili nel contesto del processo principale. Infatti, tanto più le pretese relative ad un'istanza di assunzione di prove a titolo cautelare si avvicinano a quelle relative ad un'azione di merito, tanto meno tale strumento permette di raggiungere

³⁵⁵ DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; DTF 138 III 76, consid. 2.4.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24; TF 4A_488/2012, decisione del 5 novembre 2012, consid. 2.2; REETZ, *Neues zur vorsorglichen Beweisführung*, pag. 82; STOLKIN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 16; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1047; HURNI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pagg. 86 e 87; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 68; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1484; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 19d ad art. 158 CPC; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pagg. 312 e 313; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 4 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pagg. 73 - 77; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 941.

³⁵⁶ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1054; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 82; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 19c ad art. 158 CPC.

³⁵⁷ TF 4A_322/2012, decisione del 21 febbraio 2013, consid. 2.5.

³⁵⁸ Sul tema cfr. infra n. 246 - 249.

³⁵⁹ DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; DTF 138 III 76, consid. 2.4.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24; TF 4A_488/2012, decisione del 5 novembre 2012, consid. 2.2; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1048; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 74; REETZ, *Neues zur vorsorglichen Beweisführung*, pag. 82; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 19f ad art. 158 CPC; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1486; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 68.

pienamente il suo scopo, ovvero quello di ottenere una celere ed economica risoluzione dei conflitti³⁶⁰. In tal senso, la recente precisazione del Tribunale federale, secondo il quale le pretese relative alla verosimiglianza non devono essere eccessivamente estese, poiché nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non si tratta di verificare la fondatezza della pretesa di merito soggiacente³⁶¹, bensì unicamente di assumere anticipatamente uno o più mezzi di prova, è da salutare positivamente, anche nella misura in cui pone un freno alle derive di alcuni tribunali cantonali che tendevano a rendere sempre più difficoltoso l'accesso a tale strumento³⁶². A mente dei giudici federali, fatte salve la verosimiglianza dell'esistenza di una pretesa di diritto materiale e la circostanziata allegazione dei fatti fondanti tale pretesa, che devono essere provati mediante la prova richiesta, alla sussistenza di un interesse degno di protezione non devono essere poste esigenze elevate³⁶³.

In sintesi, il richiedente dovrà dunque:

226

- i. rendere verosimile l'esistenza di uno stato di fatto - contestato o meno dalla controparte - sul quale egli fonda una pretesa di diritto materiale;
- ii. allegare in modo circostanziato i fatti che devono essere provati mediante il mezzo di prova di cui è richiesta l'amministrazione;
- iii. rendere verosimile che la prova richiesta è suscettibile di dimostrare lo stato di fatto in narrativa e che è dunque adeguata a valutare le proprie prospettive processuali e probatorie;
- iv. il tutto ad esclusione della necessità di rendere verosimile il buon fondamento della pretesa di merito soggiacente affacciata.

3. Onere di allegazione dell'istante

Allo stadio dell'assunzione di prove a titolo cautelare - avvenga questa prima del processo di merito o prima della completazione dello scambio degli allegati introduttivi nel contesto del medesimo - il tema della lite non è ancora determinato in modo definitivo e con precisione. Il Tribunale federale ha pertanto ricordato come incomba in primo luogo al richiedente l'onere di allegare in modo circostanziato lo stato di fatto litigioso e di precisare

227

³⁶⁰ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 76.

³⁶¹ DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24.

³⁶² Per un riassunto di tali prassi cantonali cfr. DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 75.

³⁶³ DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1487; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 74; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 19h ad art. 158 CPC; HURNI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 87.

l'ampiezza e la tipologia di assunzione probatoria richiesta³⁶⁴. In tal senso un mero rinvio a dei documenti allegati all'istanza non basta³⁶⁵.

- 228 Questo specifico onere allegatorio in capo al precedente - che s'innesta anche nella dianzi ricordata condizione di riferimento ad una pretesa concreta di diritto materiale - è in primo luogo giustificato dalla necessità di porre la controparte, convenuta suo malgrado in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, nella situazione di poter fattivamente fare valere il suo diritto di essere sentita, permettendo di determinare in modo chiaro gli aspetti della vertenza effettivamente contestati e di conseguenza il perimetro dell'amministrazione probatoria³⁶⁶. In second'ordine, la necessità di una precisa allegazione da parte dell'istante è funzionale all'evitazione di procedure probatorie a fini meramente investigativi, le quali sono vietate³⁶⁷. È dunque fondamentale, da tale punto di vista, che il richiedente allegghi in modo preciso quali mezzi di prova chiede vengano amministrati e perché i medesimi sarebbero pertinenti nell'ottica della dimostrazione della pretesa di diritto materiale soggiacente alla sua richiesta.
- 229 Nel solco di tali principi, ed in particolare considerato l'onere di indicare chiaramente il perimetro dell'assunzione probatoria postulata, s'iscrive altresì l'obbligo per il richiedente di indicare nella propria richiesta le domande da porre a testi o parti, di cui è chiesta l'audizione, e ai periti. Sul tema si rinvia a quanto verrà esposto più avanti, con riferimento a tali specifici mezzi di prova³⁶⁸.
- 230 Anche in questo caso, tuttavia, le pretese nei confronti dell'istante non devono essere poste ad un livello eccessivo, esigendo dal medesimo delle allegazioni talmente approfondite da avvicinarsi a quelle indispensabili nell'allestimento di un atto introduttivo di un'azione di merito. Non va nuovamente dimenticato che lo scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare è anche quello di offrire alle parti uno strumento rapido ed economico di potenziale risoluzione dei conflitti, ciò che mi sembra poco compatibile con delle pretese esagerate con riferimento all'onere allegatorio del richiedente. Dal mio punto di vista è dunque sufficiente che l'istante allegghi in modo conciso ma chiaro lo stato di fatto da cui deriva la sua pretesa di diritto materiale, il mezzo di prova richiesto e perché questo sia determinante per la prova della pretesa stessa.

³⁶⁴ DTF 140 III 16, consid. 2.2.3; TF 5A_832/2012, consid. 7.1.2; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1484; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1050; HURNI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 89; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 19j e 26c ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 14 ad art. 158 CPC.

³⁶⁵ TF 4A_317/2014, decisione del 17 ottobre 2014, consid. 2.2; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 19j ad art. 158 CPC.

³⁶⁶ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 26c ad art. 158 CPC.

³⁶⁷ Sul tema cfr. infra n. 252 - 254.

³⁶⁸ Cfr. infra n. 510 - 512, 520 - 522, 533 - 535.

Al riguardo ci si potrebbe domandare se lo sforzo allegatorio preteso dall'istante possa essere paragonato ed equiparato a quello previsto dal legislatore con riferimento all'istanza di conciliazione³⁶⁹. Ora, i requisiti posti dal legislatore in relazione all'atto introduttivo della procedura di conciliazione sono in primo luogo giustificati dalla necessità di individualizzare, già a quello stadio della procedura, l'oggetto del litigio³⁷⁰, considerato che il deposito dell'istanza di conciliazione crea litispendenza³⁷¹. In tali circostanze, l'allegazione dell'istante dovrà soprattutto mirare a circoscrivere in modo conciso ma puntuale l'oggetto litigioso. Diversamente, il deposito di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare non ha quale conseguenza la creazione della litispendenza³⁷². Per tale ragione, dal mio punto di vista, la necessità di determinare in modo il più preciso possibile l'oggetto litigioso passa in secondo piano, determinante, come già detto, essendo piuttosto l'indicazione dello stato di fatto dal quale deriva una pretesa di diritto materiale per la cui prova il mezzo di prova richiesto appare pertinente. In altri termini, nell'ambito di una procedura ex art. 158 CPC, l'allegazione dell'istante deve essere in primo luogo finalizzata al chiarimento delle ragioni per cui l'amministrazione anticipata di uno o più mezzi di prova richiesti appare giustificata, avuto riguardo al presupposto dell'interesse degno di protezione, così da porre la controparte nella condizione di mettere in opera al meglio il proprio diritto di essere sentita con riferimento alla richiesta di tutela giurisdizionale cautelare dell'istante ed escludere quelle procedure probatorie a scopi meramente investigativi. Una chiara circoscrizione dell'oggetto litigioso, per esempio mediante l'indicazione di una pretesa cifrata, a differenza che nella procedura di conciliazione³⁷³, non mi sembra di contro qui necessaria e giustificata.

In conclusione ritengo che, seppur in entrambi i casi si possa parlare di un'allegazione semplice e non ampia come quella pretesa nel processo di merito, lo sforzo richiesto all'istante in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non possa essere equiparato a quello posto in capo all'istante nell'ambito di una procedura di conciliazione. Principalmente poiché le due tipologie di allegazioni si distinguono per lo scopo che devono adempiere, nel primo caso trattandosi di giustificare un'assunzione anticipata di uno o più mezzi di prova, mentre nel secondo piuttosto di individualizzare, ai fini della creazione della litispendenza, l'oggetto litigioso.

³⁶⁹ Art. 202 cpv. 2 CPC.

³⁷⁰ TF 5A_588/2015, decisione del 9 febbraio 2016, consid. 4.3.1; TF 4A_385/2014, decisione del 29 settembre 2014, consid. 4.1; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 924; BOHNET, *CPC commenté*, n. 5 ad art. 202 CPC.

³⁷¹ Art. 62 CPC.

³⁷² Cfr. n. 445.

³⁷³ Laddove l'istante deve, tra l'altro, indicare la propria domanda.

4. Pertinenza del mezzo di prova richiesto

- 233 Come si è già detto in precedenza³⁷⁴, presupposto per poter ammettere l'assunzione di un determinato mezzo di prova in via anticipata è pure che questo sia suscettibile di concorrere alla dimostrazione della pretesa di diritto materiale soggiacente all'istanza. In altri termini, l'interesse degno di protezione ad un'assunzione di prove a titolo cautelare fa difetto ove detti mezzi di prova risultino, già di primo acchito, inidonei al chiarimento delle prospettive processuali³⁷⁵. Al riguardo, il Tribunale federale ha ricordato che il mezzo di prova assunto in via cautelare deve poter essere utilizzato nell'eventuale processo principale a sostegno delle tesi del richiedente³⁷⁶.
- 234 Quanto esposto non significa tuttavia che il mezzo di prova postulato deve essere suscettibile di comprovare da solo ed in modo completo le pretese dell'istante³⁷⁷. In tal senso basta che il medesimo sia idoneo a permettere, o concorrere a permettere, una valutazione delle prospettive processuali e probatorie del richiedente con riferimento alla pretesa di merito affacciata.
- 235 In ogni caso, il giudice dovrà mostrare un certo riserbo nel negare anticipatamente ogni pertinenza probatoria al mezzo di prova richiesto dall'istante, ritenuto che allo stadio dell'assunzione di prove a titolo cautelare la lite si trova spesso ancora ad uno stadio embrionale, ragion per cui la negazione di un interesse degno di protezione entra in linea di conto solo in casi estremi, ove il mezzo di prova sia manifestamente inidoneo o impertinente³⁷⁸.

5. Ampiezza e tematica dell'assunzione probatoria

- 236 A differenza di quanto in precedenza indicato con riferimento al caso di assunzione di prove a titolo cautelare in presenza di un rischio di sparizione del mezzo di prova³⁷⁹, ritengo che, in caso di invocazione di un interesse degno di protezione, l'ampiezza e la tematica dell'assunzione probatoria non debbano essere limitate ad un determinato perimetro. Se in caso di rischio di scomparsa del mezzo di prova l'assunzione anticipata è, infatti, finalizzata all'assicurazione del medesimo e può dunque limitarsi all'accertamento di quegli aspetti soggetti

³⁷⁴ Cfr. n. 222 segg.

³⁷⁵ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 81; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1485; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1057; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 3.

³⁷⁶ DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24.

³⁷⁷ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto III 3 nota 35.

³⁷⁸ *Clairement pas approprié*: TF 5A_832/2012, decisione del 25 gennaio 2013, consid. 7.1.

³⁷⁹ Cfr. infra n. 178 - 179.

a pericolo, ove il richiedente invochi una necessità di valutazione delle prospettive processuali e probatorie ben si comprende come detto bisogno possa abbracciare diverse sfaccettature della pretesa di merito di riferimento. Non è dunque a priori, secondo principi generali, possibile limitare a determinati temi la piattaforma probatoria, la quale dovrà essere individualizzata dall'istante a dipendenza dell'ampiezza del suo deficit d'informazioni o probatorio e della conseguente necessità di chiarimento delle prospettive processuali. Il tutto chiaramente nei limiti dello scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare.

A titolo di esempio si pensi a quel committente che ha appaltato a più imprenditori la costruzione della sua abitazione e si trova confrontato con una serie di aspetti che non lo soddisfano. Egli, trattandosi di questioni prettamente tecniche, non è tuttavia in grado di determinare se si tratti di difetti, quali siano le conseguenze economiche dei medesimi e a chi vada ascritta, in presenza di più imprenditori, la responsabilità, da un punto di vista tecnico, di tali lacune. In tal caso si può ben immaginare che egli ricorra allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare chiedendo l'allestimento di un referto peritale atto a determinare la presenza di difetti, il minor valore conseguente ai medesimi e la responsabilità, da un punto di vista tecnico, dei vari imprenditori. Solo in presenza di tali informazioni fondamentali egli potrà, infatti, valutare le proprie prospettive processuali e probatorie con riferimento ad ogni imprenditore intervenuto sul cantiere, intavolando eventualmente delle discussioni transattive con ciascuno di essi. 237

Se è, infatti, vero che, in presenza di responsabilità di più appaltatori, il committente ha la possibilità di agire contro tutti i medesimi, che rispondono di principio solidalmente³⁸⁰, non si deve dimenticare che un tale rapporto di solidarietà presuppone l'esistenza di una responsabilità, ritenuto che colui che non risponde di un danno non può nemmeno essere chiamato a rispondervi solidalmente³⁸¹. Nell'esempio qui proposto, per poter agire contro i vari imprenditori intervenuti sul cantiere, convenendoli quali responsabili solidali, il richiedente necessiterà dunque perlomeno di informazioni sulla questione a sapere se tutti possano essere ritenuti, indipendentemente dalla relativa quota parte, responsabili, ciò che, in presenza di fattispecie tecniche, non sempre è scontato. L'assunzione di una prova a titolo cautelare mantiene in tale ottica tutto il suo interesse. 238

Per tacere poi che, nella prospettiva di evitare il processo di merito, l'avvio di serie discussioni transattive necessiterà spesso di chiari riscontri sulla responsabilità di ogni parte coinvolta, ritenuto che in caso contrario ben 239

³⁸⁰ DTF 130 III 362, consid. 5.2; DTF 119 II 127, consid. 4b; TF 4A_182/2007, decisione del 28 settembre 2007, consid. 4.3.2.

³⁸¹ DTF 130 III 362, consid. 5.2; TF 4A_182/2007, decisione del 28 settembre 2007, consid. 4.3.2.

difficilmente si potrà giungere ad un accordo globale che non comporti pure la liquidazione dei rapporti interni tra i vari corresponsabili.

V. Grado probatorio richiesto

1. In generale

- 240 Giusta l'art. 158 cpv. 1 lett. b CPC, il legislatore si è accontentato della prova in verosimiglianza dell'esistenza di una messa in pericolo dei mezzi di prova, rispettivamente di un interesse degno di protezione³⁸². Tuttavia, il grado probatorio ridotto alla verosimiglianza trova applicazione ad ogni aspetto dell'assunzione di prove a titolo cautelare, e questo anche laddove la stessa sia giustificata da una specifica base legale in applicazione dell'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC³⁸³.
- 241 La riduzione delle pretese probatorie alla mera verosimiglianza semplice è certamente giustificata, vista la natura cautelare dello strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare, il quale trova applicazione in una fase del processo dove il tema della lite si trova ancora ad uno stadio embrionale. Di conseguenza, una prova piena nemmeno potrebbe essere oggettivamente pretesa, ritenuto che, in ogni caso, con questo istituto si tratta unicamente di decidere sull'amministrazione anticipata di un mezzo di prova, ad esclusione di qualsivoglia decisione sui diritti materiali delle parti³⁸⁴.

2. Concetto di verosimiglianza

- 242 Da un punto di vista generale si parla di verosimiglianza qualora esista una certa probabilità che la fattispecie allegata sia corretta³⁸⁵. Un fatto è reso verosimile se il giudice, fondandosi su elementi oggettivi, acquisisce l'impressione che i fatti pertinenti si siano realizzati, senza dover escludere la possibilità che si siano

³⁸² FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 21 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1030 e 1056.

³⁸³ GUYAN, *BSK ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 15 ad art. 158 CPC; STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 7.

³⁸⁴ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

³⁸⁵ ORLANDO, *Beweislast und Glaubhaftmachung*, pag. 90; GRONER, *Beweisrecht*, pag. 196; KAUFMANN, *Bewiesen?*, pag. 1202; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 21 ad art. 158 CPC.

svolti in altro modo³⁸⁶. Al giudice è dunque lasciato un ampio margine di apprezzamento³⁸⁷.

Tali principi trovano certamente applicazione anche in materia di assunzione di prove a titolo cautelare, ritenuto che il Tribunale federale - con riferimento all'interesse degno di protezione (ma questa valutazione può essere estesa a tutti i casi di applicazione dell'art. 158 CPC) - ha ricordato che, fatto salvo l'adempimento delle puntuali condizioni di applicazione della norma in narrativa, di cui si è detto ai punti precedenti, il grado di verosimiglianza richiesto non deve essere esteso³⁸⁸, trattandosi di una tutela giurisdizionale cautelare, dove il giudice non si china sul buon fondamento della pretesa di merito soggiacente³⁸⁹. 243

Tale ragionamento si giustifica a maggior ragione se si considera che l'accoglimento di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare ben difficilmente potrà causare un danno alla parte convenuta, la quale potrà difendere suoi interessi degni di protezione appellandosi all'art. 156 CPC³⁹⁰, mentre la reiezione, a torto, della stessa comporterà di principio la perdita per l'istante della possibilità di amministrazione anticipata della prova³⁹¹. 244

VI. Altre condizioni?

Ai punti precedenti sono state espone le condizioni di applicazione dell'art. 158 CPC riconosciute da dottrina e giurisprudenza maggioritarie. Non resta dunque che rispondere al quesito a sapere se, oltre a tali presupposti, il richiedente debba pure dimostrare l'adempimento di ulteriori condizioni e più precisamente quella della verosimiglianza del buon fondamento della pretesa di merito soggiacente e quella dell'incertezza sull'inoltro della causa principale. 245

³⁸⁶ DTF 139 III 86, consid. 4.2; DTF 132 III 715, consid. 3.1; DTF 130 III 321, consid. 3.3; TF 5A_413/2014, decisione del 20 giugno 2014, consid. 4.1; TF 5A_470/2012, decisione del 19 novembre 2012, consid. 2; WILLI, *Glaubhaftmachung*, pag. 216.

³⁸⁷ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 392.

³⁸⁸ Ciò che invece avevano fatto alcuni tribunali cantonali, ponendo esigenze estremamente restrittive per poter far capo a tale strumento, tra cui per esempio l'Obergericht zurighese.

³⁸⁹ DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24; così anche: SCHWEIZER, *Glaubhaftmachung*, pag. 13; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 942; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1056.

³⁹⁰ Cfr. infra n. 468 - 470.

³⁹¹ HGer BE, HG1113, del 5 maggio 2011, consid. 2d; SCHWEIZER, *Glaubhaftmachung*, pag.13.

1. *Fumus boni iuris* della pretesa di merito

- 246 Alcuni autori interpretano la succitata giurisprudenza del Tribunale federale, che pretende da colui che allega un interesse degno di protezione di rendere verosimile una pretesa di diritto materiale, nel senso che questi dovrebbe pure dimostrarne il probabile ben fondato di tale pretesa e dunque della potenziale futura azione di merito³⁹². Analogamente, alcuni tribunali cantonali sono giunti al punto di respingere un'istanza fondata sull'art. 158 CPC a ragione del fatto che le probabilità di insuccesso della futura causa di merito erano maggiori rispetto a quelle di successo³⁹³, ovvero, in altri termini, sostenendo che la pretesa di merito non era dotata del necessario *fumus boni iuris*.
- 247 Altri autori negano invece l'applicabilità della condizione aggiuntiva della verosimiglianza del buon fondamento della pretesa di merito³⁹⁴, opinione alla quale pure alcuni tribunali cantonali si sono allineati³⁹⁵, tra cui pure il Tribunale d'appello ticinese³⁹⁶.
- 248 Dal mio punto di vista, la seconda corrente dottrinale indicata è certamente meritevole di essere seguita. Come peraltro ha ormai anche ribadito il Tribunale federale³⁹⁷, in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non si tratta, infatti, di decidere sulla pretesa di diritto materiale affacciata dall'istante, foss'anche ad un esame meramente sommario e di verosimiglianza. Non vi è dunque alcuna ragione, né il testo di legge permette di giungere ad altra conclusione, per poter imporre al richiedente la condizione aggiuntiva del *fumus boni iuris* della pretesa di merito soggiacente alla sua domanda. Nemmeno il rinvio di cui all'art. 158 cpv. 2 CPC alle norme sui provvedimenti cautelari deve condurre a conclusione diversa, ritenuto come il medesimo non si riferisca in ogni caso alle condizioni di applicazione della norma in questione - regolate autonomamente nella stessa - ma piuttosto agli aspetti procedurali³⁹⁸. D'altro canto, l'assunzione di una prova a titolo cautelare va chiaramente distinta, quanto alla sua portata ed al suo contenuto, dai classici provvedimenti cautelari,

³⁹² REETZ, *Neues zur vorsorglichen Beweisführung*, pag. 82; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 313.

³⁹³ Cfr. giurisprudenza citata da DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 75.

³⁹⁴ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1057; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 77; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 3; LIVSCHITZ/SCHMID, *Sie wollen klagen*, pag. 742.

³⁹⁵ CACI VD, del 30 aprile 2014/216, pubblicata in: JdT 2014 III 129, consid. 3.2.1; KGer SG, BS.2012.5, del 5 aprile 2012, consid. III.2a.

³⁹⁶ II CCA TI, 12.2014.129, del 12 febbraio 2015, consid. 8.1 - 8.2; II CCA TI, 12.2011.177, del 24 febbraio 2012, consid. 9, pubblicato in RtiD II-2012, n. 40c.

³⁹⁷ DTF 140 III 16, consid. 2.2.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24.

³⁹⁸ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 77.

trattandosi in questo caso solo di assumere un mezzo di prova anticipatamente rispetto allo stadio processuale classico.

A tutto ciò si aggiunga poi che la condizione ulteriore di verosimiglianza del ben fondato della pretesa di merito sarebbe in netto contrasto con lo scopo dell'assunzione di prove a titolo cautelare, che è anche quello di permettere alle parti di valutare le proprie prospettive probatorie e processuali. Pretendere da un richiedente che allega un suo deficit d'informazioni rispetto alle possibilità di successo di un'eventuale causa di merito di rendere verosimile l'esistenza di tali chances e che queste siano maggiori rispetto a quelle d'insuccesso è semplicemente un paradosso ed equivarrebbe a svuotare di ogni significato ed utilità lo strumento in esame. Foss'anche solo per tale ragione, ritengo dunque che al richiedente non possa essere richiesta la dimostrazione del *fumus boni iuris* della sua pretesa di merito soggiacente alla richiesta di assunzione di prove a titolo cautelare. 249

2. Incertezza sull'inoltro della causa di merito

Secondo MEIER³⁹⁹, ove il richiedente alleghi un suo interesse degno di protezione, quest'ultimo dovrebbe pure dimostrare che la decisione sulla questione a sapere se avviare la procedura principale non è ancora stata presa. A mente del citato autore, ove la decisione di avvio della causa di merito fosse già caduta, l'istante dovrebbe piuttosto procedere per quella via, eventualmente introducendo un'azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso. 250

Altri autori che si sono chinati sul tema negano la necessità di adempimento di tale condizione ulteriore, rilevando in particolare come la stessa non trovi alcun riscontro nel testo legale, ritenuto inoltre che sarebbe ben difficile dimostrare una circostanza del genere⁴⁰⁰. Quest'ultima opinione mi sembra meritevole di condivisione, soprattutto poiché mal si comprende come il richiedente potrebbe rendere verosimile un aspetto meramente soggettivo e personale come quello della sua decisione di avviare o meno la procedura di merito. A ciò si aggiunga che, secondo la mia opinione già espressa in precedenza⁴⁰¹, l'assunzione di prove a titolo cautelare può finanche entrare in linea di conto dopo l'avvio della causa principale. In tali circostanze il presupposto in questione perde qualsiasi attualità. 251

³⁹⁹ MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 311.

⁴⁰⁰ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 4; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 83.

⁴⁰¹ Cfr. infra n. 119 - 123.

VII. Divieto dell'*Ausforschungsbeweis*

- 252 L'assunzione di prove a titolo cautelare trova un suo limite nel divieto della c.d. *Ausforschungsbeweis*⁴⁰² - concetto anche conosciuto sotto la denominazione di *fishing expedition* - ovvero nella ricerca indiscriminata di prove senza che il tema probatorio venga correttamente sostanziato dal richiedente - nella speranza di ottenere concrete informazioni su fatti a lui sconosciuti - rispettivamente con un'allegazione del tema probatorio carente, soltanto presunta da parte dell'istante⁴⁰³. Scopo dell'*Ausforschungsbeweis* è quello di procacciarsi dei mezzi di prova non conosciuti nell'ottica di poter meglio specificare le proprie allegazioni⁴⁰⁴.
- 253 Per evitare di cadere nel divieto dell'assunzione inquisitoria indiscriminata di prove, come già detto⁴⁰⁵, il richiedente deve dunque descrivere in modo puntuale lo stato di fatto che intende comprovare mediante i mezzi di prova richiesti, nonché indicare puntualmente la tipologia e l'ampiezza della prova richiesta. Tale onere allegatorio assume un'importanza accresciuta nell'ambito dell'assunzione di prove a titolo cautelare, dove il tema della lite si trova ancora ad uno stadio embrionale e non è ancora conosciuto dal giudice.
- 254 Il tema dell'*Ausforschungsbeweis* è di particolare attualità con riferimento alle domande di edizione di documenti⁴⁰⁶. Al riguardo occorre ricordare che l'edizione di documenti non deve servire al chiarimento di uno stato di fatto, bensì alla sua prova⁴⁰⁷. Pertanto i documenti richiesti in edizione devono essere descritti in modo il più preciso possibile, cosicché la parte a cui è chiesta l'edizione li possa individuare senza difficoltà⁴⁰⁸. Non è tuttavia pretendibile che tale descrizione si estenda al contenuto del documento⁴⁰⁹, rispettivamente alla sua data⁴¹⁰. In altri termini, ove la parte richiedente non abbia partecipato alla confezione dei documenti in questione, una specifica descrizione individuale

⁴⁰² C/JCI GE, C/15103/2012, del 22 febbraio 2013, consid. 5.1.1; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 2; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 942; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1050; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 17b ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 69.

⁴⁰³ MÜLLER, *Ausforschungsbeweis*, pag. 11.

⁴⁰⁴ SCHWEIZER, *Substanziieren*, pag. 564.

⁴⁰⁵ Cfr. infra n. 227 - 230.

⁴⁰⁶ Sul tema cfr. n. 501.

⁴⁰⁷ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 2; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 17b ad art. 158 CPC.

⁴⁰⁸ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 2; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 942; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 17b ad art. 158 CPC; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 311; LIVSCHITZ/SCHMID, *Sie wollen klagen*, pag. 743.

⁴⁰⁹ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 2; LIVSCHITZ/SCHMID, *Sie wollen klagen*, pag. 743.

⁴¹⁰ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 2.

non è pretendibile e basta una designazione per categoria⁴¹¹. Al contrario una richiesta di edizione del tutto generica che mira unicamente ad indagare l'esistenza di eventuali documenti su cui tutto s'ignora, con il solo scopo di verificare l'esistenza di un determinato stato di fatto, non può trovare accoglimento, scontrandosi con il divieto dell'*Ausforschungsbeweis*.

⁴¹¹ II CCA TI, 12.2005.152, del 12 maggio 2006, consid. 5; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 309; LIVSCHITZ/SCHMID, *Sie wollen klagen*, pag. 743; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 776.

Capitolo 3: Relazione con altri strumenti di diritto materiale e processuale

Determinate le condizioni di applicazione dell'art. 158 CPC, appare ora opportuno chinarsi sulla questione a sapere come tale strumento conviva con altri istituti previsti dal diritto processuale e da quello materiale. In particolare, risulta d'interesse approfondire le relazioni tra i diversi strumenti, al fine di determinare se gli stessi siano suscettibili di completarsi, rispettivamente di limitarsi, vicendevolmente. 255

I. Riflessioni generali

Come più volte ricordato, l'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare permette, a determinate condizioni, di assumere uno o più mezzi di prova anticipatamente e dunque prima della fase classica del processo deputata all'istruttoria. Tale strumento consente, tra l'altro, di porre rimedio ad un'eventuale deficit d'informazioni, oltre che probatorio, in capo al potenziale attore/istante o convenuto in una futura causa di merito, che può così procacciarsi un determinato materiale probatorio atto a valutare le sue prospettive processuali. 256

Da un punto di vista generale, il diritto di una parte a veder amministrati i mezzi di prova necessari a comprovare la propria pretesa di diritto materiale è garantito dal precetto generale del diritto alla prova, che è parte integrante del diritto di essere sentiti. È dunque interessante determinare in che misura il diritto alla prova influisca sull'assunzione di prove a titolo cautelare e se il ricorso a tale strumento possa essere giustificato dal solo richiamo a tale principio⁴¹². 257

Il diritto materiale conferisce poi alle parti svariati strumenti informativi che scaturiscono normalmente dai rapporti giuridici che legano le medesime. Tali diritti d'informazione permettono, in determinati casi, pure di palliare ad un deficit informativo in capo al potenziale attore/istante o convenuto in una futura causa di merito. Appare dunque lecito domandarsi come tali istituti interagiscano e convivano con quello oggetto del presente lavoro di ricerca⁴¹³. 258

Pure il diritto processuale conosce degli specifici strumenti che permettono ad una parte di porre rimedio ad un suo deficit d'informazioni pertinenti ai fini dell'avvio della causa di merito, rispettivamente di assicurare dei mezzi di 259

⁴¹² Cfr. infra n. 261 - 265.

⁴¹³ Cfr. infra n. 266 - 275.

prova. Anche in questo caso è dunque importante comprendere in che misura i medesimi si distinguano dall'assunzione di prove a titolo cautelare e se gli stessi ne possano limitare il ricorso⁴¹⁴.

- 260 Infine, nel suo scopo di facilitare la potenziale conclusione di accordi transattivi⁴¹⁵, l'assunzione di prove a titolo cautelare può pure entrare in concorrenza con lo strumento della perizia di un arbitratore, disciplinata all'art. 189 CPC. Appare dunque opportuno analizzare brevemente similitudini e differenze di queste due opportunità contenute nel codice di rito⁴¹⁶.

II. Relazione con il diritto alla prova

1. Diritto alla prova

- 261 Il diritto di essere sentiti, garantito tra l'altro dagli artt. 29 cpv. 2 Cost. e 6 CEDU, contempla pure il diritto di fornire delle prove dei fatti pertinenti per il giudizio, di avere accesso all'incarto, di partecipare all'assunzione delle prove, di prenderne conoscenza e di determinarsi al loro riguardo⁴¹⁷. Nel diritto civile un tale diritto alla prova può essere direttamente desunto dall'art. 8 CC⁴¹⁸. Tale precetto generale è stato poi ripreso nel CPC all'art. 152 CPC, a mente del quale ogni parte può pretendere che il giudice assuma tutti i pertinenti mezzi di prova offerti tempestivamente e nelle forme prescritte.
- 262 Come chiaramente indicato all'art. 152 CPC, il diritto alla prova non è tuttavia illimitato. Lo stesso è in particolare vincolato ad un suo esercizio proceduralmente corretto e tempestivo⁴¹⁹.

2. Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare

- 263 Applicando i principi generali validi in materia di diritto alla prova dianzi brevemente esposti ad un caso di assunzione anticipata di prove, il Tribunale federale ha ricordato come l'assunzione di prove a titolo cautelare giusta l'art.

⁴¹⁴ Cfr. infra n. 276 - 295.

⁴¹⁵ Cfr. infra n. 36 - 37.

⁴¹⁶ Cfr. infra n. 296 - 304.

⁴¹⁷ DTF 135 II 286, consid. 5.1; DTF 135 I 187, consid. 2.2; DTF 129 II 497, consid. 4.2; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 2.4; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 105; STOLKIN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 15.

⁴¹⁸ DTF 122 III 219, consid. 3c; DTF 114 II 289, consid. 2a; HOHL, *Procédure civile*, n. 1135; STOLKIN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 15; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 21.

⁴¹⁹ SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 12 ad art. 152 CPC; HASENBÖHLER, *Kommentar ZPO*, n. 10 - 14 ad art. 152 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 22 - 26 ad art. 152 CPC.

158 CPC costituisca una forma atipica di amministrazione delle prove che può intervenire soltanto in modo restrittivo e alle condizioni specifiche indicate nella norma in questione⁴²⁰. Un diritto all'assunzione di prove a titolo cautelare non può dunque derivare semplicemente dal diritto alla prova delle parti, il quale non contempla l'assunzione incondizionata di prove all'infuori della fase processuale preposta all'istruttoria⁴²¹.

Da quanto esposto ne deriva che la parte che intende fare ricorso allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare è tenuta ad invocare e a dimostrare l'adempimento di una delle condizioni di applicazione previste dall'art. 158 CPC. Un mero riferimento al fatto di essere gravati dall'onere della prova di una determinata circostanza di fatto, appellandosi al proprio diritto alla prova, non è dunque sufficiente, tantomeno nell'ambito di un'impugnativa contro una decisione negativa in materia di assunzione di prove a titolo cautelare. 264

L'opinione di STOLKIN⁴²², secondo cui un diritto all'assunzione di prove a titolo cautelare sussisterebbe per il solo fatto di essere gravati dall'onere della prova, in applicazione dunque degli artt. 158 cpv. 1 lett. a CPC ed 8 CC, non può dunque, dal mio punto di vista, essere seguita. Il legislatore ha, infatti, deciso di far dipendere la possibilità di ricorso allo strumento in analisi dall'adempimento di specifiche condizioni. Per il resto, il diritto alla prova trova la sua piena applicazione soltanto in un procedimento di merito, essendo il corollario del diritto di essere sentiti e del diritto ad un equo processo, i quali si riferiscono appunto alla procedura di merito in questione⁴²³. L'assunzione di prove a titolo cautelare assurge a forma atipica di amministrazione delle prove, funzionale ma svincolata dalla pendenza di un processo di merito, ragione per cui un mero riferimento al diritto alla prova non basta, dovendosi invece riferire al contenuto specifico dell'art. 158 CPC. 265

⁴²⁰ TF 5A_832/2012, decisione del 25 gennaio 2013, consid. 4.2.1.

⁴²¹ TF 4A_429/2013, decisione del 11 febbraio 2014, consid. 2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 2, non pubblicato in: DTF 140 III 24; OGer ZG, Z2 2012 27, del 24 ottobre 2012, pubblicata in: GVP/ZG 2012, pag. 192 e in CAN 2013, n. 79, consid. 5.4.

⁴²² STOLKIN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 15 nota 10.

⁴²³ TF 4A_429/2013, decisione del 11 febbraio 2014, consid. 2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 2, non pubblicato in: DTF 140 III 24; OGer ZG, Z2 2012 27, del 24 ottobre 2012, pubblicata in: GVP/ZG 2012, pag. 192 e in CAN 2013, n. 79, consid. 5.4.

III. Relazione con gli strumenti informativi di diritto materiale

1. Strumenti informativi concessi dal diritto materiale

- 266 Il diritto materiale concede, in determinati casi, alle parti legate da un certo rapporto giuridico, degli specifici diritti d'informazione⁴²⁴. Già si è detto del diritto di consultazione da parte del lavoratore delle informazioni pertinenti per poter determinare un suo diritto di partecipazione al risultato d'esercizio⁴²⁵, nonché del diritto del socio accomodante di verificare l'esattezza del conto economico e del bilancio societario⁴²⁶. A questo si aggiunge, senza pretesa di esaustività⁴²⁷, il diritto di consultazione dei conti della società anonima da parte dei creditori⁴²⁸, quello d'informazione del coniuge⁴²⁹ e degli eredi⁴³⁰, nonché, quali esempi classici, il diritto al rendiconto del mandante⁴³¹ ed il diritto di consultazione di una collezione di dati garantito dalla LPD⁴³².
- 267 Tali diritti d'informazione possono essere fatti valere dal loro titolare nell'ambito di una procedura di merito, sia essa di natura sommaria⁴³³ od ordinaria. Eccezionalmente potrà pure essere richiesta una tutela giurisdizionale cautelare, la quale sarà tuttavia concessa solo in casi particolarmente motivati, trattandosi qui di un provvedimento anticipatorio molto incisivo⁴³⁴.

2. Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare

- 268 Si pone ora la questione a sapere se l'esistenza di un tale diritto materiale all'informazione precluda al suo titolare la via dell'assunzione di prove a titolo

⁴²⁴ DROESE, *Akteneinsicht*, pag. 198.

⁴²⁵ Cfr. n. 134.

⁴²⁶ Cfr. n. 139.

⁴²⁷ Per un catalogo più completo cfr. DROESE, *Akteneinsicht*, pag. 198 nota 959.

⁴²⁸ Art. 697h cpv. 2 CO.

⁴²⁹ Art. 170 cpv. 3 CC.

⁴³⁰ Artt. 607 cpv. 3 e 610 cpv. 2 CC.

⁴³¹ Art. 400 CO.

⁴³² Art. 8 LPD.

⁴³³ In particolare in una procedura di tutela giurisdizionale nei casi manifesti (art. 257 CPC).

⁴³⁴ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 226 e 227; WALDMANN, *Informationsbeschaffung*, pag. 271; DTF 141 III 564, consid. 4.2.2, laddove il Tribunale federale ha indicato in modo perentorio l'impossibilità di mettere in opera un diritto informativo già in via cautelare, non confrontandosi tuttavia con la sua precedente giurisprudenza (in particolare DTF 138 III 728, consid. 2.7) secondo la quale una tale possibilità era di principio esclusa, lasciando dunque aperta la medesima in casi eccezionali, come indicato dalla dottrina succitata; DTF 138 III 728, consid. 2.7.

cautelare, obbligandolo ad introdurre una procedura a tutela del suo diritto materiale in questione. La risposta deve essere negativa. Come rettamente rileva TREZZINI⁴³⁵, infatti, i due strumenti in narrativa entrano in piena concorrenza ed è lasciata al richiedente la facoltà di scegliere quello per lui più vantaggioso od opportuno nel caso specifico. Gli stessi non solo hanno dei presupposti leggermente diversi - lo strumento informativo materiale fondando le sue radici in un mero deficit informativo, al quale si può invece aggiungere pure un deficit probatorio in caso di ricorso all'art. 158 CPC⁴³⁶ - ma hanno pure chiaramente uno scopo diametralmente opposto. Se l'assunzione di prove a titolo cautelare mira, infatti, all'evitazione del processo principale, lo strumento informativo materiale è spesso prodromico all'introduzione della causa di merito⁴³⁷. I due istituti trovano poi la loro realizzazione in due procedure concettualmente ben diverse. Come si è già detto⁴³⁸, in un processo informativo di diritto materiale il giudice è tenuto a decidere su di una pretesa di diritto materiale che si concretizza nella richiesta di condanna della controparte a fornire una o più informazioni. In una procedura fondata sull'art. 158 CPC un tale giudizio invece non avviene, trattandosi in quell'ambito unicamente di assumere anticipatamente uno o più mezzi di prova, ad esclusione di qualsivoglia giudizio su diritti e doveri delle parti sgorganti dal diritto materiale⁴³⁹.

Tale opinione trova conferma in una decisione del Tribunale federale emanata in materia di protezione dei dati, e meglio di diritto d'accesso ad una collezione di dati giusta l'art. 8 LPD. In tale pronunciato⁴⁴⁰ l'Alta Corte, seppur riferendosi alla procedura di assicurazione delle prove conosciuta dal vecchio CPC/ZH - ma nulla impedisce di estendere tale conclusione pure all'attuale art. 158 CPC - ha ricordato come l'assunzione di prove a titolo cautelare e gli strumenti informativi di diritto materiale trovino un'applicazione indipendente e seguano le rispettive regole e condizioni⁴⁴¹. 269

Considerata l'indicata indipendenza e complementarietà tra l'assunzione di prove a titolo cautelare ed il processo informativo di merito, è altresì da rigettare l'opinione di quegli autori che ritengono che l'edizione di documenti in via anticipata ex art. 158 CPC possa essere ottenuta soltanto facendo riferimento ad un diritto materiale all'ottenimento dei documenti in questione. Sul tema si 270

⁴³⁵ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1042 - 1045; TREZZINI, *Celerità*, pag. 93.

⁴³⁶ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1043.

⁴³⁷ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 225 e 1045.

⁴³⁸ Cfr. infra n. 130 - 131.

⁴³⁹ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2 ; DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

⁴⁴⁰ DTF 138 III 425.

⁴⁴¹ DTF 138 III 425, consid. 4.4.

tornerà più diffusamente oltre, ove verrà approfondita la questione dell'edizione di documenti in via cautelare⁴⁴².

- 271 In tutti i casi occorre qui ricordare che entrambi gli strumenti, in particolare per quanto attiene all'edizione di documenti, soffrono delle diverse e per certi versi importanti limitazioni⁴⁴³. È dunque importante per il richiedente ponderare - a dipendenza della sua necessità di tutela giurisdizionale - quale delle due vie scegliere, comparando vantaggi e svantaggi di ciascuna.

3. Assunzione di prove a titolo cautelare funzionale ad un processo informativo?

- 272 Già si è detto⁴⁴⁴ che la concessione di una tutela giurisdizionale di natura cautelare nell'ambito di un processo informativo pone diverse problematiche, prima di tutto legate all'effetto anticipatorio che una tale misura provvisoria ha rispetto al successivo o contestuale processo di merito⁴⁴⁵. Nell'ottica del presente lavoro è in tale contesto interessante chiedersi se una parte possa sollecitare ed ottenere determinate informazioni che gli fanno difetto mediante la via dell'art. 158 CPC. In altri termini si pone il quesito a sapere se, nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, il richiedente possa, per esempio, ottenere dalla controparte l'edizione di determinati documenti affacciando una propria pretesa di natura informativa concessagli dal diritto materiale.
- 273 Al riguardo, il Tribunale federale, in una causa in materia di obbligo di rendiconto fondato sull'art. 400 CO, ha ritenuto non arbitraria una decisione cantonale ginevrina che negava la possibilità di prevalersi di un tale diritto informativo nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, rilevando come quest'ultimo andasse fatto valere in un processo di

⁴⁴² Cfr. infra n. 502 - 507.

⁴⁴³ In particolare, per quanto attiene all'art. 158 CPC, la problematica consiste nella potenziale mancanza di strumenti coercitivi tali da rendere pienamente operante una richiesta di edizione di documenti e nel divieto dell'*Ausforschungsbeweis*: sul tema cfr. infra n. 252 - 254 e 481 - 483. Cfr. anche TF 5P.347/2004, decisione dell'11 gennaio 2005, consid. 6. Per quanto concerne i limiti dello strumento informativo materiale, in particolare nei processi bancari, cfr. TREZZINI, *Celerità*, pagg. 91 - 93; JEANDIN, *Production de pièces protégées par le secret bancaire*, pagg. 107 segg.; DROESE, *Akteneinsicht*, pag. 200. Sul tema cfr. anche SCHMID, *Gesuchsgegner*, pag. 634.

⁴⁴⁴ Cfr. n. 267.

⁴⁴⁵ DTF 138 III 728, consid. 2.7.

merito permettente un pieno esame di fatti e diritto, la pretesa in questione esaurendosi nella produzione dei documenti richiesti⁴⁴⁶.

La soluzione mi sembra perfettamente coerente. Come si è già detto⁴⁴⁷, l'assunzione di prove a titolo cautelare ed il processo informativo costituiscono due istituti ben diversi, la cui portata si distingue prima di tutto per il fatto che nel primo caso si tratta unicamente di assumere anticipatamente un mezzo di prova, mentre nel secondo il giudice è tenuto a decidere sulla sussistenza di diritti e doveri delle parti derivanti dal diritto materiale. Aggirare l'esame completo da parte del giudice sull'effettiva fondatezza di un diritto informativo materiale, mediante il riferimento all'art. 158 CPC, non entra in linea di conto⁴⁴⁸. La problematica dell'effetto anticipatorio di un'eventuale decisione che concedesse tutela giurisdizionale cautelare è peraltro qui ancora più acuta rispetto ai provvedimenti cautelari classici, poiché nell'ambito della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare la fondatezza della pretesa di merito, in specie della pretesa informativa, non viene analizzata in alcun modo, foss'anche solo sotto l'angolazione del *fumus boni iuris*⁴⁴⁹. 274

Riassumendo quanto esposto, ritengo dunque che la possibilità di assumere determinati mezzi prova nel contesto di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare - in particolare ottenere l'edizione di documenti dalla controparte - affacciando una pretesa informativa concessa dal diritto materiale, vada esclusa. Questo poiché l'assunzione della prova stessa esaurirebbe la procedura, ciò che equivarrebbe ad un indebito aggiramento dell'esigenza di un'analisi completa in fatto ed in diritto da parte del giudice prima di concedere una simile tutela giurisdizionale. 275

IV. Rapporto con altri strumenti concessi dal CPC

1. In generale

Il CPC, oltre allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare, offre altri strumenti che permettono di porre, anche solo in parte, rimedio ad un deficit d'informazioni pertinenti, nell'ottica dell'introduzione della causa di merito, che potrebbe patire una parte. Tra questi si annoverano l'azione parziale e l'azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso. Qui di seguito si 276

⁴⁴⁶ TF 4A_288/2012, decisione del 9 ottobre 2012, consid. 4, non pubblicato in DTF 138 III 728.

⁴⁴⁷ Cfr. n. 268.

⁴⁴⁸ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; TF 4A_288/2012, decisione del 9 ottobre 2012, consid. 4.2, non pubblicato in DTF 138 III 728.

⁴⁴⁹ Cfr. infra n. 246 - 249.

analizzeranno dunque brevemente questi due strumenti⁴⁵⁰, per poi valutare se i medesimi siano complementari a quello oggetto del presente lavoro di ricerca oppure se siano suscettibili di limitarne la possibilità di ricorso.

- 277 Parimenti verrà concisamente esaminata la relazione esistente con i provvedimenti cautelari⁴⁵¹, i quali, in una certa misura, sono pure suscettibili di permettere l'assicurazione di determinate prove. Appare dunque d'interesse determinare similitudini e differenze tra l'assunzione di prove a titolo cautelare ed i provvedimenti cautelari tesi (anche) alla conservazione di un oggetto di prova.
- 278 Da ultimo, appare pure opportuno chinarsi succintamente sulla questione della complementarità tra gli strumenti classici di semplificazione del processo⁴⁵² - in specie quelli elencati dal legislatore agli artt. 125 e 226 cpv. 3 CPC - e l'assunzione di prove a titolo cautelare.

2. Rapporto con l'azione parziale

A) Azione parziale

- 279 Giusta l'art. 86 CPC, se una pretesa è divisibile, può essere proposta azione anche soltanto per una parte della medesima. Una tale azione parziale (*Teilklage, action partielle*) sussiste ove il precedente faccia valere in causa soltanto una parte di una sua pretesa globale, quand'anche quest'ultima sia integralmente esigibile⁴⁵³. È dunque la pretesa in sé ad essere parziale e non l'azione, da un punto di vista processuale⁴⁵⁴. Ciò presuppone chiaramente che la pretesa in questione sia divisibile, da un punto di vista quantitativo o qualitativo⁴⁵⁵.
- 280 L'azione parziale è uno strumento potenzialmente interessante per quella parte che intende procedere in giudizio ma patisce un deficit d'informazioni o probatorio, ragione per cui l'esito della procedura ne risulta particolarmente incerto. D'altro canto, l'introduzione di un'azione parziale permette un contenimento dei costi, cifrati sulla base della sola domanda parziale⁴⁵⁶. Infine, una tale azione può fungere al precedente quale sorta di "processo test", una

⁴⁵⁰ Cfr. infra n. 279 - 288.

⁴⁵¹ Cfr. infra n. 289 - 293.

⁴⁵² Cfr. infra n. 294 - 295.

⁴⁵³ BERTI, *Teilklage*, pagg. 41 e 42; BAUMANN WEY, *Teilklage, unbezifferte Forderungsklage, Stufenklage*, pag. 101; TF 4A_633/2012, decisione del 21 febbraio 2013, consid. 2.4.

⁴⁵⁴ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 333; BERTI, *Teilklage*, pagg. 41 e 42.

⁴⁵⁵ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 333; BERTI, *Teilklage*, pagg. 41 e 42.

⁴⁵⁶ BAUMANN WEY, *Teilklage, unbezifferte Forderungsklage, Stufenklage*, pagg. 101 e 102; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 337.

reiezione della stessa non avendo comunque effetto di regiudicata esteso alla pretesa globale soggiacente⁴⁵⁷.

B) Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare

Tenuto conto delle susesposte potenzialità dello strumento dell'azione parziale, l'Obergericht di Zurigo aveva sviluppato una prassi secondo la quale, ove una parte avesse la possibilità di introdurre un'azione parziale e una tale azione si rivelasse vantaggiosa anche da un punto di vista economico, quest'ultima sarebbe stata da preferire alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare⁴⁵⁸. Tale giurisprudenza si allineava ad alcuni pareri dottrinali secondo i quali la possibilità di ricorrere all'art. 158 CPC presupponeva l'assenza di altre alternative percorribili per poter procedere direttamente all'inoltro della causa; inoltro che dunque non doveva essere oggettivamente pretendibile⁴⁵⁹. 281

La sussidiarietà dello strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare rispetto alla possibilità di introduzione di un'azione parziale è stata - dal mio punto di vista a ragione - oggetto di varie critiche dottrinali⁴⁶⁰. Al proposito mi sembra opportuno ricordare come uno degli scopi dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare sia quello di evitare dei processi inutili. Imporre, ove possibile, ad una parte l'introduzione di un'azione parziale disattende completamente lo scopo in narrativa ed è dunque contraddittorio. Come rettamente rilevato da DOMEJ⁴⁶¹, ritengo dunque che l'azione parziale e l'assunzione di prove a titolo cautelare siano due strumenti da porre su di un piano di alternatività, lasciando alle parti la decisione in merito a quale dei due fare capo, ponderando pro e contro con riferimento al caso specifico. 282

In una più recente sentenza, pure l'Obergericht zurighese sembra avere, seppur riferendosi ad un'azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso, tenuto conto delle critiche dottrinali susesposte, rilevando come pretendere da una parte l'avvio di una procedura di merito piuttosto che l'introduzione di 283

⁴⁵⁷ DTF 128 III 191, consid. 4a; DTF 125 III 8, consid. 3; TF 4A_209/2007, decisione del 5 settembre 2007, consid. 2.2.2; BAUMANN WEY, *Teilklage, unbezifferte Forderungsklage, Stufenklage*, pagg. 102 e 104; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 336; *contra*: BERTI, *Teilklage*, pagg. 46 segg.

⁴⁵⁸ OGer ZH, LF110116-O/U, del 20 dicembre 2011, pubblicata in: CAN 2012, n. 27, consid. 2.9.

⁴⁵⁹ ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 16 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 4 ad art. 158 CPC; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 311.

⁴⁶⁰ STOLKIN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pagg. 23 e 24; DOMEJ, *Hoffnung*, pagg. 80 e 81; STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 60; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 943.

⁴⁶¹ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 81.

un'istanza di assunzione anticipata di prove non sia compatibile con lo scopo di evitazione delle procedure inutili di quest'ultimo strumento⁴⁶².

3. Rapporto con l'azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso

A) Azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso

- 284 Giusta l'art. 85 cpv. 1 CPC, se non è possibile o non si può ragionevolmente esigere che l'entità della pretesa sia precisata già all'inizio del processo, l'attore può promuovere un'azione creditoria senza quantificare il valore litigioso, indicando tuttavia un valore minimo quale valore litigioso provvisorio. Si tratta qui della c.d. azione non cifrata, la quale può essere semplice oppure cumulata ad una *actio ad exhibendum* con cui viene chiesta la messa in opera di un diritto materiale d'informazione con lo scopo di poter in un secondo tempo quantificare la propria pretesa creditoria in origine non cifrata; nel secondo caso si parla di azione scalare (*Stufenklage*)⁴⁶³.
- 285 In entrambi i casi, l'introduzione di un'azione non cifrata permette di palliare, in parte, ad un deficit d'informazioni dell'attore, riducendone in particolare il rischio di incorrere in importanti esborsi economici, evitando così che egli debba rinunciare al processo soltanto a ragione dell'iniziale incertezza legata alla quantificazione della propria pretesa⁴⁶⁴.

B) Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare

- 286 Lo strumento dell'azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso, nella sua forma semplice od in quella dell'azione scalare, appare certamente di un certo interesse per quell'attore che patisce una mancanza d'informazioni con riferimento al *quantum* della sua pretesa⁴⁶⁵. Si pone dunque, anche in questo caso, la questione a sapere se l'opportunità di avvio di una causa non cifrata osti alla possibilità di fare ricorso all'assunzione di prove a titolo cautelare.

⁴⁶² OGer ZH, PF130063, del 2 aprile 2014, consid. 4.2.

⁴⁶³ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 329; MEIER, *Unbezifferte Forderungsklage*, pagg. 15 segg.; BAUMANN WEY, *Teilklage, unbezifferte Forderungsklage, Stufenklage*, pag. 110.

⁴⁶⁴ MEIER, *Unbezifferte Forderungsklage*, pag. 13; BAUMANN WEY, *Teilklage, unbezifferte Forderungsklage, Stufenklage*, pag. 105.

⁴⁶⁵ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 80 nota 52.

A mente di MEIER⁴⁶⁶ questo è il caso ove la decisione di avviare una procedura di merito è già maturata e regna incertezza unicamente con riferimento alla quantificazione della pretesa da fare valere in giudizio. In tal caso l'attore sarebbe, infatti, tenuto ad avviare direttamente la procedura di merito, se del caso facendo capo all'istituto dell'azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso. 287

Dal mio punto di vista, anche con riferimento all'azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso, devono valere integralmente le osservazioni sopra formulate riguardo all'azione parziale. Nuovamente mi sembra contraddittorio imporre al potenziale attore l'avvio di una causa che potrebbe magari essere evitata a seguito dell'assunzione di determinate prove a titolo cautelare, quando lo scopo di tale assunzione cautelare è, tra gli altri, quello di evitare simili procedure. È dunque a ragione che DOMEJ⁴⁶⁷ sottolinea come la decisione se ricorrere ad uno o all'altro strumento sia in mano alla parte interessata, alla quale non può essere imposto di fare capo prioritariamente ad uno o all'altro istituto. A tale conclusione è peraltro pure giunto l'Obergericht di Zurigo in un suo recente pronunciato, negando che la questione a sapere se un'azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso potesse entrare in linea di conto fosse pertinente nell'ottica della valutazione della riunione dei presupposti per poter ordinare l'assunzione di prove a titolo cautelare⁴⁶⁸. 288

4. Rapporto con i provvedimenti cautelari

L'assicurazione di determinati mezzi di prova - e meglio dell'oggetto della prova stesso - può essere ottenuta pure facendo capo allo strumento dei provvedimenti cautelari codificati agli artt. 261 segg. CPC⁴⁶⁹. Alcune leggi speciali in materia di proprietà intellettuale lo prevedono esplicitamente⁴⁷⁰. In questo caso, tuttavia, oggetto del provvedimento non è tanto l'assicurazione del mezzo di prova in quanto tale, bensì la tutela provvisoria dell'oggetto della prova, nel senso di una sua conservazione, con lo scopo di poter poi procedere alla sua assunzione quale mezzo di prova nel procedimento di merito successivo⁴⁷¹. 289

⁴⁶⁶ MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 311, MEIER, *Unbezifferte Forderungsklage*, pag. 35.

⁴⁶⁷ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 81.

⁴⁶⁸ OGer ZH, PF130063, del 2 aprile 2014, consid. 4.2.

⁴⁶⁹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 997 segg.; BERTI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 181; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 5 ad art. 158 CPC.

⁴⁷⁰ Sul tema cfr. n. 140; WILLI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 595; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, nota 4 ad art. 158 CPC.

⁴⁷¹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1000.

- 290 L'emanazione di provvedimenti cautelari a salvaguardia dell'oggetto della prova soggiace all'adempimento delle condizioni classiche dei provvedimenti cautelari⁴⁷², ragione per cui il richiedente dovrà in particolare rendere pure verosimile l'urgenza, il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile ed il *fumus boni iuris* della pretesa di merito sottostante, alla cui dimostrazione il provvedimento di tutela provvisoria richiesto è funzionale. Il provvedimento dovrà inoltre essere proporzionato ed adeguato.
- 291 L'assunzione di prove a titolo cautelare è dunque uno strumento che si diparte da una logica leggermente difforme rispetto a quella dei provvedimenti cautelari conservativi descritti e che soggiace pure a delle condizioni di applicazione diverse. Seppure in parte i due strumenti si sovrappongano, gli stessi mirano a scopi in parte differenti e spetta alle parti decidere a quale dei due far capo, a dipendenza dei loro bisogni e delle specificità del caso concreto. I due strumenti sono dunque perfettamente complementari ed il ricorso ad uno non esclude di principio l'altro.
- 292 L'istante dovrà tuttavia tener ben presente che il mero provvedimento cautelare conservativo non ha quale scopo pure quello di permettergli di valutare le sue prospettive processuali, mirando ad un mero fine di conservazione. In tale ambito, per esempio, l'intervento di un perito sarà dunque limitato a quegli atti votati alla conservazione della prova⁴⁷³, ad esclusione di altre valutazioni. D'altro canto, il ricorso ai provvedimenti cautelari sarà più indicato ove la tutela giurisdizionale richiesta miri primariamente alla conservazione di un determinato documento od oggetto di cui si teme la scomparsa. In tal caso, un'istanza di edizione di documenti in applicazione dell'art. 158 CPC rischierebbe potenzialmente di rivelarsi infruttuosa, stante l'assenza di espliciti mezzi coercitivi a garanzia dell'esecuzione della stessa⁴⁷⁴. Di contro, un ordine di deposito cautelare di tali documenti o oggetti risulterebbe ben più efficace, il giudice potendo eventualmente assortire il medesimo delle comminatorie e misure d'esecuzione del caso⁴⁷⁵.
- 293 In fin dei conti la scelta tra uno e l'altro strumento è una questione prettamente strategica che la parte sollecitante una tutela giurisdizionale dovrà ben ponderare, in particolare tenendo conto dello scopo ultimo della sua richiesta, nonché delle differenti limitazioni insite in ognuno dei due istituti. Se in materia di mera assicurazione della prova la misura cautelare è di principio più ampia e performante⁴⁷⁶, bisogna d'altro canto tenere in considerazione che la sua

⁴⁷² TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1002.

⁴⁷³ Cfr. l'esempio dell'estrazione di dati da un supporto informatico citata in: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1007.

⁴⁷⁴ Cfr. infra n. 481 - 484.

⁴⁷⁵ Art. 267 CPC.

⁴⁷⁶ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1005.

applicazione soggiace a criteri più restrittivi rispetto a quelli posti dall'art. 158 CPC. Criteri che non sempre il procedente potrà adempiere agevolmente.

5. Rapporto con altri strumenti di semplificazione del processo

Già si è detto⁴⁷⁷ come, a mente di chi scrive, lo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare possa avere altresì lo scopo di semplificare il futuro eventuale processo di merito, rispettivamente il processo principale già pendente, laddove la domanda sia contestuale al medesimo. Il legislatore federale ha previsto nel CPC degli specifici strumenti di semplificazione del processo, in particolare la possibilità di assumere delle prove già in occasione di un'udienza istruttoria⁴⁷⁸ e la facoltà di concentrazione e deconcentrazione del processo⁴⁷⁹, con conseguenze anche sulle modalità d'istruzione del medesimo e dunque sul modo di procedere nell'assunzione delle prove. 294

Detti strumenti di semplificazione del processo sono chiaramente complementari a quello qui in analisi e non ne escludono una sua applicazione⁴⁸⁰. Questo anche pendente la causa di merito⁴⁸¹. Gli istituti in esame presentano infatti delle finalità in parte diverse, soprattutto l'art. 125 CPC avendo un orizzonte applicativo ben più esteso rispetto alla mera assunzione anticipata di alcune prove. Il ricorso ai medesimi è poi lasciato al libero apprezzamento del giudice, le parti non avendo alcun diritto a vedere gli stessi applicati. Di contro, adempiute le relative condizioni di applicazione, l'art. 158 CPC fonda un vero e proprio diritto delle parti ad ottenere una determinata tutela giurisdizionale provvisoria che si esplicita nell'assunzione anticipata di uno o più mezzi di prova. 295

V. Rapporto con la perizia di un arbitratore

Già in precedenza⁴⁸² si è accennato alle potenzialità dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare nella prospettiva di facilitare la conclusione di un possibile accordo transattivo con la controparte. Il legislatore ha però in quest'ottica pure messo a disposizione delle parti l'istituto della perizia di un arbitratore, disciplinata all'art. 189 CPC. Qui di seguito verrà dunque 296

⁴⁷⁷ Cfr. infra n. 38 - 42 e n. 212 - 216.

⁴⁷⁸ Art. 226 cpv. 3 CPC.

⁴⁷⁹ Art. 125 CPC.

⁴⁸⁰ Sul tema cfr. anche n. 214.

⁴⁸¹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1041.

⁴⁸² Cfr. infra n. 36 - 37.

brevemente descritto tale strumento, per poi evidenziarne differenze ed analogie per rapporto all'assunzione di prove a titolo cautelare.

1. Perizia di un arbitratore

- 297 Giusta l'art. 189 cpv. 1 CPC, le parti possono far allestire da un arbitratore una perizia su fatti controversi. La perizia di un arbitratore è un contratto di diritto materiale tramite il quale le parti incaricano un terzo di esprimere il proprio parere su una questione di fatto, al quale dichiarano anticipatamente di essere vincolati⁴⁸³. Scopo di tale istituto è anche quello di evitare un eventuale processo di merito oppure, perlomeno, di semplificarlo, espungendo dall'oggetto del litigio determinati fatti controversi tra le parti⁴⁸⁴.
- 298 Il referto rimesso dal perito arbitratore designato dalle parti va chiaramente distinto dalla prova peritale codificata agli artt. 183 segg. CPC, nella misura in cui il primo, a differenza della seconda, non è sottoposto al libero potere di apprezzamento del giudice, ma, adempiute le condizioni di cui all'art. 189 cpv. 3 CPC, vincola il medesimo con riferimento ai fatti ivi accertati⁴⁸⁵.
- 299 Da un punto di vista temporale, essendo l'istituto della perizia di un arbitratore slegato dall'esistenza di un determinato processo principale, le parti possono fare ricorso al medesimo sia prima che in pendenza della causa di merito⁴⁸⁶. Per il resto, la scelta del perito arbitratore incombe alle parti, le quali hanno con il medesimo un rapporto di diritto privato, normalmente un contratto di mandato⁴⁸⁷. Un intervento del giudice⁴⁸⁸ entra invece in linea di conto solo a titolo suppletivo, ove una delle parti non adempia all'impegno assunto nel

⁴⁸³ DTF 129 III 535, consid. 2; TF 4A_254/2011, decisione del 5 luglio 2011, consid. 4.1; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 189 CPC; BERGER, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 189 CPC; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 3 ad art. 189 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 1 ad art. 189 CPC; PELLI, *Beweisverträge*, pagg. 115 e 116.

⁴⁸⁴ DOLGE, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 189 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 891; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 4 ad art. 189 CPC.

⁴⁸⁵ DTF 141 III 274, consid. 2.4; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 38 e 56 ad art. 189 CPC; BERGER, *BK ZPO*, n. 11 ad art. 189 CPC; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 6 e 11 ad art. 189 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 2 ad art. 189 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pagg. 890 e 891.

⁴⁸⁶ WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 16 ad art. 189 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 891.

⁴⁸⁷ DTF 141 III 274, consid. 2.5; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 34 ad art. 189 CPC; BERGER, *BK ZPO*, n. 8 ad art. 189 CPC.

⁴⁸⁸ Adito mediante un'azione in esecuzione reale del contratto (eventualmente proposta quale richiesta di tutela giurisdizionale nei casi manifesti) o poiché indicato nel contratto stesso quale autorità sussidiariamente competente per la nomina del perito arbitratore.

contratto con cui è stato pattuito il ricorso all'istituto in narrativa oppure nel caso in cui le stesse non riescano ad intendersi sulla persona da designare⁴⁸⁹.

2. Relazione e differenze rispetto all'assunzione di prove a titolo cautelare

Come si è visto, analogamente all'assunzione di prove a titolo cautelare, anche l'istituto della perizia di un arbitratore ha quale scopo, tra l'altro, di evitare o perlomeno semplificare una causa di merito pendente o futura ed è dunque pure strumento idoneo a favorire la conclusione di un potenziale accordo transattivo tra le parti. Nonostante tale analogia, i due istituti in narrativa vanno chiaramente distinti⁴⁹⁰ e questo da più punti di vista. 300

In primo luogo, occorre osservare come la perizia di un arbitratore sia un istituto che pone le sue radici nell'autonomia delle parti, che costituisce suo fondamento e limite. In altri termini, il ricorso all'intervento di un perito arbitratore presuppone l'accordo di entrambe le parti, ovvero la disponibilità delle stesse di demandare ad un terzo l'accertamento di determinate circostanze di fatto litigiose, con l'obbligo di accettare le sue conclusioni, salvo eccezioni⁴⁹¹, come vincolanti. La disponibilità della controparte ad investire risorse, eventualmente anche finanziarie, in un tale esercizio non sempre sarà scontata. Da tale punto di vista il ricorso ad un perito arbitratore costituisce certo un'allettante alternativa allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare, ma trova il suo limite in tale necessità di disponibilità preventiva all'accordo della controparte attuale o futura. 301

In second'ordine, i due strumenti in rassegna vanno chiaramente distinti per il risultato che il ricorso ai medesimi produce. Se con l'assunzione di prove a titolo cautelare la procedura viene evasa con l'amministrazione di determinati mezzi di prova, tra cui per esempio una perizia giudiziaria ai sensi degli artt. 183 segg. CPC - i quali restano però soggetti al libero apprezzamento da parte del giudice e nemmeno precludono una successiva assunzione, nella fase istruttoria di merito, di ulteriori prove sullo stesso tema probatorio⁴⁹² - la rimessione di una perizia di un arbitratore conduce ad un accertamento definitivo e vincolante per le parti ed il giudice di quei fatti oggetto del referto, ciò che esenta pure il giudice dall'assumere ulteriori mezzi di prova nell'istruttoria di merito sulla fattispecie oggetto di accertamento da parte del perito arbitratore⁴⁹³. Alla luce di quanto esposto, ben si comprende dunque come portata ed impatto dei due 302

⁴⁸⁹ DTF 141 III 274, consid. 2.6; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 37 ad art. 189 CPC; BERGER, *BK ZPO*, n. 9 ad art. 189 CPC.

⁴⁹⁰ In tal senso anche: DTF 141 III 274, consid. 2.4.

⁴⁹¹ Art. 189 cpv. 3 CPC.

⁴⁹² Sul tema cfr. n. 743 segg.

⁴⁹³ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 891.

istituti siano ben diversi con riferimento al risultato finale che ne scaturisce. Il ricorso alla perizia di un arbitratore conduce, infatti, ad un prodotto ben più incisivo e convincente nell'ottica della definizione amichevole della lite, mentre una prova assunta in via cautelare è ancora soggetta all'alea del libero apprezzamento da parte del giudice delle ulteriori risultanze dell'istruttoria di merito. Nuovamente mi sembra dunque fondamentale sottolineare come, stante l'impatto della perizia di un arbitratore sulla procedura di merito pendente o futura, la disponibilità della controparte a farvi capo non possa dirsi scontata.

- 303 Da ultimo, i due istituti qui analizzati si distinguono anche per il ruolo ben diverso che il giudice è chiamato a rivestire. L'art. 158 CPC conferisce, infatti, una volta dati i presupposti di legge, il diritto ad una determinata attività istruttoria da parte del giudice, mentre nell'ottica dell'art. 189 CPC quest'ultimo riveste un ruolo meramente sussidiario, nella misura in cui è chiamato ad intervenire solo a titolo eccezionale, ove tra le parti sorgano contestazioni in relazione al ricorso al perito arbitratore.
- 304 In conclusione, credo si possa rilevare come la perizia di un arbitratore sia un'alternativa certamente meritevole di considerazione, seppur il ricorso alla medesima presuppone una volontà già radicata nelle parti di risolvere amichevolmente la vertenza, o perlomeno il fine comune di semplificare la causa di merito espungendo dall'oggetto litigioso alcuni aspetti. Di contro, il ricorso all'assunzione di prove a titolo cautelare resta la via preferenziale per quella parte che patisce un deficit di informazioni o probatorio, allega un suo interesse a valutare le proprie prospettive processuali e si trova confrontata ad una parte avversa, almeno in un primo tempo, poco collaborativa e disponibile ad investire risorse nell'ottica dell'evitazione o della semplificazione della causa di merito. In questo senso, l'assunzione anticipata di uno o più mezzi di prova sollecitata da una sola parte potrebbe poi avere pure l'effetto di ammorbidire la posizione della controparte, rendendola più disponibile alla conclusione di un accordo transattivo: potenzialità che invece non vedo nella perizia di un arbitratore, nel qual caso questa disponibilità deve esistere sin dall'inizio.

Capitolo 4: Aspetti procedurali

La procedura di assunzione di prove a titolo cautelare presenta diverse peculiarità che meritano uno specifico approfondimento. Ad una lettura del solo testo legale, alcuni aspetti procedurali non risultano infatti di primo acchito chiari e sono oggetto d'interessanti discussioni dottrinali e di diversi precedenti giurisprudenziali. Qui di seguito si analizzeranno dunque i vari aspetti specifici della procedura in narrativa, ponendo particolare attenzione alle recenti evoluzioni della giurisprudenza e cercando altresì di proporre una lettura critica della medesima. 305

I. Applicazione delle norme sui provvedimenti cautelari

Il secondo capoverso dell'art. 158 CPC rinvia in modo generico alle disposizioni in materia di provvedimenti cautelari, le quali sono applicabili⁴⁹⁴. Ora, tale rinvio appare problematico nella misura in cui non è chiaro quale sia la sua effettiva ampiezza⁴⁹⁵. In tal senso sarebbe stato certamente più opportuno rinviare all'applicabilità per analogia delle norme in materia di provvedimenti cautelari⁴⁹⁶, rispettivamente indicare quali specifiche norme entrassero in linea di conto⁴⁹⁷. 306

Nemmeno il materiale legislativo propedeutico all'adozione da parte delle camere federali del nuovo CPC offre particolari chiarimenti sull'ampiezza del rinvio contenuto nel testo legale⁴⁹⁸. Questo nonostante in sede di consultazione 307

⁴⁹⁴ VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 835; BERTI, *Einführung*, n. 302; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 143; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 225; PASSADELIS, *ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; SCHMID, *ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC.

⁴⁹⁵ GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 34; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 20 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 83.

⁴⁹⁶ SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 15 ad art. 158 CPC.

⁴⁹⁷ GUYAN, *BSK ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 23 ad art. 158 CPC.

⁴⁹⁸ Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto della commissione peritale (giugno 2003), pag. 77; Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687.

alcune perplessità con riferimento alla formulazione del rinvio fossero state sollevate⁴⁹⁹.

- 308 Da un punto di vista generale occorre dunque partire dal presupposto che le disposizioni in materia di provvedimenti cautelari sono applicabili analogamente, valutando poi di caso in caso se la specifica norma si adatta ed ha un senso nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare⁵⁰⁰. Ai punti seguenti verrà approfondita la questione dell'applicazione o meno delle varie norme regolanti l'adozione di provvedimenti cautelari.

II. Competenza territoriale

- 309 La competenza territoriale in materia di assunzione di prove a titolo cautelare merita una valutazione distinta a dipendenza del fatto se la fattispecie denoti degli aspetti internazionali o meno.

1. In diritto interno

- 310 Nel caso in cui la fattispecie soggiacente alla richiesta di assunzione di prove a titolo cautelare non presenti aspetti d'internazionalità, il rinvio alle norme in materia di provvedimenti cautelari risulta pienamente operante. La competenza territoriale va dunque determinata in applicazione dell'art. 13 CPC⁵⁰¹.
- 311 La dottrina e la giurisprudenza consideravano che, nei cantoni che concedevano una tale possibilità, il foro dei provvedimenti cautelari non fosse dato per l'assunzione di prove a titolo cautelare ove la misura fosse giustificata da un interesse degno di protezione del richiedente ma non vi fosse alcun rischio di perdita del mezzo di prova⁵⁰². Così, l'art. 33 LForo, disciplinante la competenza territoriale in materia di misure cautelari, era applicabile solo in caso di messa in pericolo del mezzo di prova e non poteva invece fondare una competenza

⁴⁹⁹ Raccolta dei risultati della procedura di consultazione all'avamprogetto relativo a una legge federale sulla procedura civile svizzera (2004), pagg. 407 - 409.

⁵⁰⁰ ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 20 ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 945.

⁵⁰¹ ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 19 ad art. 158 CPC; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1488; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 6 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 21 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 8 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 1; PASSADELIS, *ZPO*, n. 9 ad art. 158 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 8 ad art. 158 CPC; OLGATI, *CPC*, pag. 147; KLETT/HURNI, *Beweisrechtliche Besonderheiten*, pag. 271; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.124.

⁵⁰² BERGER/GÜNGERICH, *Zivilprozessrecht*, pag. 241; BJM 2002, pagg. 100 segg., pag. 102.

territoriale per l'assunzione di una prova tesa a valutare le possibilità di successo in un futuro procedimento⁵⁰³.

Una tale distinzione non entra più in linea di conto a seguito dell'entrata in vigore del nuovo CPC. L'art. 158 cpv. 2 CPC rinvia, infatti, in modo generale e senza distinzioni basate sul fondamento della misura alle norme in materia di provvedimenti cautelari. L'art. 13 CPC torna dunque applicabile ogniqualvolta venga sollecitata una tutela giurisdizionale fondata sull'art. 158 CPC, si sia confrontati con la messa in pericolo di un mezzo di prova ed un'urgenza o meno⁵⁰⁴, ciò che è stato pure confermato dal Tribunale federale⁵⁰⁵. 312

In diritto interno, competente per ordinare l'assunzione di prove a titolo cautelare è dunque il giudice competente per decidere la causa principale⁵⁰⁶, rispettivamente quello del luogo in cui il provvedimento deve essere eseguito⁵⁰⁷. Il giudice competente per decidere la causa principale va determinato secondo le norme generali e speciali di competenza territoriale previste dal CPC⁵⁰⁸, mentre il foro dove il provvedimento deve essere eseguito è quello, in questo caso, dove la prova deve essere assunta⁵⁰⁹. Si tratterà, per esempio, del luogo in cui si trova l'immobile o l'oggetto da sottoporre a perizia o a ispezione oculare⁵¹⁰, del luogo di domicilio, sussidiariamente di residenza, del teste o della (potenziale) parte da interrogare⁵¹¹ o di domicilio, sussidiariamente di residenza, della (potenziale) parte o del terzo tenuto a produrre dei documenti in edizione⁵¹². 313

Il foro in questione è di natura imperativa, nel senso che le parti non vi possono derogare⁵¹³. Il giudice deve di conseguenza esaminare d'ufficio⁵¹⁴ ed a titolo 314

⁵⁰³ SPÜHLER/VOCK, *Gerichtsstandsgesetz*, n. 4 ad art. 33 LForo; DIETRICH, *Gerichtsstandsgesetz*, n. 55 ad art. 33 LForo.

⁵⁰⁴ FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 107; HASENBÖHLER, *Summarisches Verfahren*, pag. 261; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 5 ad art. 13 CPC.

⁵⁰⁵ DTF 138 III 555, consid. 2.2.

⁵⁰⁶ Art. 13 lett. a CPC.

⁵⁰⁷ Art. 13 lett. b CPC.

⁵⁰⁸ COCCHI, *Comm. CPC*, pag. 33; SUTTER-SOMM/KLINGLER, *Kommentar ZPO*, n. 18 ad art. 13 CPC.

⁵⁰⁹ SUTTER-SOMM/KLINGLER, *Kommentar ZPO*, n. 22 ad art. 13 CPC; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 62; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 34 ad art. 158 CPC.

⁵¹⁰ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 34 ad art. 158 CPC; DIETRICH, *Gerichtsstandsgesetz*, n. 68 ad art. 33 LForo.

⁵¹¹ PASSADELIS, *ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC; DIETRICH, *Gerichtsstandsgesetz*, n. 68 ad art. 33 LForo.

⁵¹² Analogamente alla domanda di rendiconto giusta l'art. 400 CO: GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 21 ad art. 13 CPC; HAAS/SCHLUMPF, *KuKomm ZPO*, n. 9 ad art. 13 CPC.

⁵¹³ BERTI, *BSK ZPO*, n. 12 ad art. 13 CPC; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 14 ad art. 13 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 4 ad art. 13 CPC.

⁵¹⁴ GEHRI, *BSK ZPO*, n. 9 ad art. 59 CPC; HALDY, *CPC commenté*, n. 5 ad art. 13 CPC; BERGER, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 9 CPC.

preliminare⁵¹⁵ se la sua competenza sia data o meno. Giova tuttavia ricordare che le parti possono pattuire, seppur indirettamente, la competenza di un determinato tribunale stipulando una proroga di foro per la causa principale⁵¹⁶, chiaramente ove questa non sia a sua volta sottoposta ad un foro imperativo⁵¹⁷. In tal caso il foro della causa principale è quello prorogato e le relative misure cautelari, tra cui l'assunzione di prove a titolo cautelare, possono essere li richieste in applicazione dell'art. 13 lett. a CPC⁵¹⁸.

2. In caso di aspetti internazionali

- 315 Nel caso in cui la fattispecie a sostegno della domanda di assunzione di prove a titolo cautelare presenti degli aspetti di carattere internazionale⁵¹⁹, occorre distinguere il caso in cui la sola LDIP sia applicabile, dalle situazioni in cui pure un'applicazione della CLug entra in linea di conto.

A) Applicazione della LDIP

- 316 Laddove la sola LDIP torna applicabile, una parte della dottrina⁵²⁰ sostiene che il foro vada determinato in applicazione dell'art. 10 della medesima. Una competenza del giudice svizzero sussisterebbe dunque, oltre che nel caso in cui questi sia competente per trattare la causa di merito⁵²¹, anche nel caso in cui la misura debba essere eseguita in Svizzera⁵²². In altri termini, il giudice del luogo ove la prova deve essere assunta, per la cui determinazione valgono i principi dianzi esposti per rapporto al diritto interno⁵²³, sarebbe competente anche nel caso in cui la competenza a dirimere la causa principale sia di un tribunale estero⁵²⁴.

⁵¹⁵ Art. 59 CPC.

⁵¹⁶ Art. 17 CPC.

⁵¹⁷ INFANGER, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 17 CPC; BERGER, *BK ZPO*, n. 16 ad art. 17 CPC.

⁵¹⁸ BERGER, *BK ZPO*, n. 66 ad art. 17 CPC; BERTI, *BSK ZPO*, n. 9 ad art. 13 CPC; HALDY, *CPC commenté*, n. 6 ad art. 13 CPC.

⁵¹⁹ Sul concetto di carattere internazionale cfr.: BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 23 ad art. 1 LDIP; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, n. 2 e 3 ad art. 1 LDIP; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, *DIP*, n. 19 segg.; VOLKEN, *ZK IPRG*, n. 10 segg. ad art. 1 LDIP; SCHNYDER/GROLIMUND, *BSK IPRG*, n. 2 segg. ad art. 1 LDIP.

⁵²⁰ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 21 ad art. 158 CPC; GAUTHEY/MARKUS, *L'entraide judiciaire internationale en matière civile*, n. 560; BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, *Internationales Privatrecht*, n. 2 ad art. 10 LDIP.

⁵²¹ Art. 10 lett. a LDIP.

⁵²² Art. 10 lett. b LDIP.

⁵²³ Cfr. n. 313.

⁵²⁴ BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 5.

Altri autori ritengono invece che l'assunzione di prove a titolo cautelare non sia qualificabile quale provvedimento cautelare che ricade nel campo di applicazione dell'art. 10 LDIP, ragione per cui una competenza concorrente del giudice del luogo ove la prova deve essere assunta andrebbe esclusa⁵²⁵. La posizione di BUCHER⁵²⁶ sembra invece più sfumata, nella misura in cui non esclude un'applicabilità dell'art. 10 LDIP all'assunzione di prove a titolo cautelare ove questa miri a salvaguardare uno stato di fatto suscettibile di mutamento. 317

Il Tribunale federale ha dal canto suo avuto l'occasione di esprimersi sulla questione nell'ambito di un ricorso contro una decisione bernese che negava l'applicabilità dell'art. 10 LDIP all'assunzione di prove a titolo cautelare, ma ha tuttavia risolto di lasciare la questione indecisa⁵²⁷. 318

Ora, da un punto di vista generale, il giudice svizzero può fondare la sua competenza sull'art. 10 LDIP per ordinare tutte le misure cautelari che la *lex fori* gli mette a disposizione⁵²⁸. Al riguardo, il Tribunale federale ha tuttavia ricordato che lo scopo di tale norma è quello di assicurare, in determinate circostanze, una protezione immediata e necessaria, anche laddove il giudice svizzero non sarebbe competente per giudicare il merito della vertenza⁵²⁹. L'applicazione dell'art. 10 LDIP presuppone dunque che le misure richieste siano urgenti e necessarie⁵³⁰. 319

Detto ciò, appare dal mio punto di vista opportuno ritenere - indipendentemente dal rinvio alle norme in materia di provvedimenti cautelari disposto dal legislatore all'art. 158 cpv. 2 CPC - che l'assunzione di una prova a titolo cautelare meramente giustificata da un interesse degno di protezione, individuabile nelle necessità di chiarire le proprie prospettive processuali, non può essere annoverata nel concetto, seppur largo, di misure cautelari di cui all'art. 10 LDIP. Difatti, un'assunzione di prove a titolo cautelare di questo genere non è motivata da alcuna urgenza, bensì, come detto, dalla mera necessità del richiedente di chiarire le possibilità di esito favorevole di un futuro processo di merito, rispettivamente, secondo l'opinione qui sostenuta, di 320

⁵²⁵ GAILLARD, *Mesures provisionnelles*, pag. 143; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 156; MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, n. 1258 e 1270.

⁵²⁶ BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 2 e 3 ad art. 10 LDIP.

⁵²⁷ TF 5A_296/2015, decisione del 29 ottobre 2015, consid. 5.5.

⁵²⁸ VOLKEN, *ZK IPRG*, n. 36 ad art. 10 LDIP; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, n. 7 ad art. 10 LDIP.

⁵²⁹ TF 5C.126/2005, decisione del 18 agosto 2005, consid. 7; TF 5C.243/1990, decisione del 5 marzo 1991, consid. 5a, in: SJ 1991, pag. 457.

⁵³⁰ TF 5C.7/2007, decisione del 17 aprile 2007, consid. 6.2; TF 5C.126/2005, decisione del 18 agosto 2005, consid. 7; TF 5C.235/2004, decisione del 24 marzo 2005, consid. 3.2; BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 18 ad art. 10 LDIP.

semplificarlo. La messa a disposizione di un foro in Svizzera che garantisca una protezione immediata non mi sembra dunque giustificata.

- 321 Di contro, l'assunzione anticipata di un mezzo di prova giustificata dalla messa in pericolo del medesimo, mi sembra non possa essere esclusa a priori da tale concetto⁵³¹. In tal caso l'urgenza e la necessità della misura mi sembrano incontestabili, ragione per cui è del tutto opportuno mettere a disposizione delle parti un foro in Svizzera, anche laddove il giudice elvetico non sia competente a giudicare nel merito della lite. Quanto all'assunzione di prove a titolo cautelare fondata su di una disposizione legale giusta l'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC, ritengo che il giudice adito dovrà analizzare la questione di caso in caso, valutando se in quel caso si giustifichi una protezione immediata, ovvero se la misura richiesta denoti una certa urgenza⁵³².
- 322 Alla luce di quanto esposto, secondo l'opinione qui sostenuta, l'art. 10 LDIP dovrebbe trovare applicazione all'assunzione di prove a titolo cautelare laddove la misura sia urgente e necessaria, mentre va esclusa un'estensione anche al caso in cui il ricorso all'art. 158 CPC sia giustificato dal mero riferimento alla necessità di chiarire le proprie prospettive processuali. Tale soluzione ha oltretutto il pregio di allinearsi a quella proposta oltre con riferimento alla Convenzione di Lugano⁵³³, garantendo così una certa omogeneità tra i due diversi sistemi, ciò che certamente è positivo.

B) Applicazione della Convenzione di Lugano

a) In generale

- 323 Nel caso in cui la Convenzione di Lugano torni applicabile, occorre porsi la domanda a sapere se l'assunzione di prove a titolo cautelare sia una misura che ricade nel campo di applicazione dell'art. 31 CLug o meno.
- 324 Alcuni autori ammettono in modo generico l'applicazione dell'art. 31 CLug all'assunzione di prove a titolo cautelare, senza tuttavia motivare particolarmente tale conclusione⁵³⁴.
- 325 Altri autori distinguono il caso in cui la domanda sia giustificata da un interesse degno di protezione da quello in cui la stessa si fondi su di una messa in pericolo del mezzo di prova. Nel primo caso un'applicazione dell'art. 31 CLug sarebbe esclusa, poiché l'assunzione di una prova avente per scopo la valutazione delle possibilità di esito favorevole di un processo futuro esulerebbe dalla finalità di

⁵³¹ BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 2 ad art. 10 LDIP.

⁵³² Per un esempio cfr. n. 330.

⁵³³ Cfr. infra n. 328 - 329.

⁵³⁴ BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 5.

tale norma⁵³⁵. Nel secondo caso invece l'art. 31 CLug sarebbe pienamente applicabile⁵³⁶.

Una terza corrente dottrinale esclude invece in ogni caso l'applicazione dell'art. 31 CLug all'assunzione di prove a titolo cautelare⁵³⁷, motivando in particolare tale conclusione con il rischio di conflitti con le norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia di assunzione di prove e con l'assenza di una possibilità di riconoscimento e esecuzione nell'ambito di applicazione della CLug delle decisioni ordinanti l'assunzione di un tale mezzo di prova, gli artt. 32 segg. CLug non essendo applicabili a una tale tipologia di decisione⁵³⁸.

Dal mio punto di vista, l'applicazione generalizzata dell'art. 31 CLug alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare va esclusa, poiché si scontra con un'interpretazione uniforme della Convenzione. La giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha, infatti, già chiaramente escluso un'estensione del campo di applicazione della citata norma alle misure probatorie aventi quale scopo il chiarimento delle possibilità di esito favorevole di un procedimento futuro⁵³⁹. D'altro canto, un'esclusione totale delle misure probatorie dal campo di applicazione della Convenzione di Lugano non appare soluzione soddisfacente e giustificata. Difatti, in presenza di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare che denota una certa urgenza - classicamente dunque laddove la misura si giustifichi col rischio di sparizione del mezzo di prova - non intravedo ragioni serie per privare le parti del foro alternativo del giudice del luogo in cui il mezzo di prova in discussione va assunto. La soluzione proposta dalla seconda corrente dottrinale sopra riportata è dunque, secondo l'opinione qui sostenuta, quella da preferire. La stessa ha il pregio di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea - escludendo l'applicazione dell'art. 31 CLug alle misure probatorie aventi il solo scopo di organizzare lo svolgimento del procedimento o permettere di ottenere delle prove mirate a valutare le possibilità di successo di un futuro processo - senza tuttavia estendere l'effetto della medesima pure ai casi in cui sussista un pericolo di perdita del mezzo di prova. Tale soluzione appare ragionevole, a condizione chiaramente

⁵³⁵ ROUVINEZ, *Preuve à futur*, pag. 222, con riferimento alla decisione del 28 aprile 2005 della CGUE, C-104/03, St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA, n. 25.

⁵³⁶ ROUVINEZ, *Preuve à futur*, pag. 222; BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 23 ad art. 31 CLug; KOFMEL EHRENZELLER, *Kommentar Lug-Ü*, n. 10 e nota 39 ad art. 31 CLug; FAVALLI/AUGSBURGER, *BSK Lug-Ü*, n. 48 - 49 ad art. 31 CLug.

⁵³⁷ DONZALLAZ, *CL*, n. 1615; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 156; GROLIMUND, *Internationales Beweisrecht*, pag. 177; MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, n. 1270.

⁵³⁸ MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, n. 1270.

⁵³⁹ Decisione del 28 aprile 2005 della CGUE, C-104/03, St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA, n. 25.

che l'interpretazione data agli artt. 31 e 32 CLug, con riferimento alle misure probatorie, sia equivalente e questo per permettere pure il pieno riconoscimento nel sistema della Convenzione di quelle decisioni di assunzione di prove a titolo cautelare giustificate da una messa in pericolo del mezzo di prova.

- 328 Riassumendo quanto esposto, in applicazione dell'art. 31 CLug, una decisione di assunzione di prove a titolo cautelare fondata sull'art. 158 cpv. 1 lett. b CPC, prima ipotesi - ovvero nel caso in cui venga fatto valere e si giustifichi un'esposizione a pericolo del mezzo di prova - può essere sollecitata davanti al tribunale svizzero del luogo ove la prova va assunta, anche se questo non è competente per decidere il merito della vertenza. Parimenti, una decisione di questo tipo adottata dal giudice della causa principale merita di essere suscettibile di riconoscimento ed esecuzione nel sistema della Convenzione secondo gli artt. 32 segg. della stessa.
- 329 Al contrario, l'art. 31 CLug non può fondare una competenza del giudice svizzero, non competente per conoscere del merito della causa, in caso di domanda di assunzione di prove a titolo cautelare fondata sull'art. 158 cpv. 1 lett. b CPC, seconda ipotesi - ovvero nel caso in cui venga fatto valere un interesse degno di protezione, in particolare l'interesse a verificare le possibilità di esito favorevole di un futuro processo, rispettivamente, secondo l'opinione qui sostenuta, a semplificare il medesimo. Parimenti, una decisione del giudice svizzero fondata su tale ipotesi non rientra nel concetto di decisione ai sensi dell'art. 32 CLug e non può dunque essere riconosciuta ed eseguita nel sistema della Convenzione.
- 330 Quanto all'assunzione di prove a titolo cautelare prevista da una disposizione legale⁵⁴⁰, ritengo che il giudice debba analizzare la questione di caso in caso, valutando se in quel caso si giustifichi una protezione immediata, ovvero se la misura richiesta denoti una certa urgenza⁵⁴¹. Ad esempio si pensi al caso previsto all'art. 427 cpv. 3 CO, ovvero alla possibilità di assumere una prova a titolo cautelare sullo stato di merce difettosa e che rischia di deteriorarsi ricevuta dal commissionario⁵⁴². In tal caso la misura richiesta risulta particolarmente urgente, visto l'incipiente deterioramento della merce, ragione per cui un'applicazione degli artt. 31 e 32 CLug non mi sembra possa essere ragionevolmente esclusa. Al contrario, laddove una parte legata da un contratto di appalto postuli la verifica dall'opera⁵⁴³, senza allegare e comprovare una particolare urgenza nel procedere in tal senso, un'applicazione degli artt. 31 e 32 CLug non credo possa giustificarsi ed il richiedente dovrà procedere presso il tribunale competente a conoscere il merito della lite.

⁵⁴⁰ Art. 158 cpv. 1 lett. a CPC.

⁵⁴¹ Analogamente a quanto proposto con riferimento all'art. 10 LDIP: cfr. n. 321.

⁵⁴² Cfr. n. 135.

⁵⁴³ Cfr. n. 143 segg.

Resta inteso che una competenza, eventualmente concorrente, del giudice competente per conoscere della causa di merito⁵⁴⁴ è sempre data⁵⁴⁵.

b) Provvedimenti superprovvisionali e effetto extraterritoriale

Chiarito quanto precede, resta da determinare se il regime dell'art. 31 CLug torni applicabile - in caso di messa in pericolo del mezzo di prova - anche in presenza di una richiesta superprovvisoria di assunzione di prove e, di contro, se una tale decisione superprovvisoria sia suscettibile di riconoscimento nel sistema della Convenzione ai sensi dell'art. 32 CLug.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, una decisione superprovvisoria, ovvero resa senza un preventivo contraddittorio, non beneficia del regime di riconoscimento ed esecuzione degli artt. 32 segg. CLug⁵⁴⁶.

Da tale principio ne discende che una misura superprovvisoria di assunzione di prove da eseguirsi all'estero può essere richiesta soltanto dinanzi al tribunale estero del luogo di esecuzione, ad esclusione del tribunale svizzero competente a conoscere il merito della vertenza⁵⁴⁷.

Parimenti una decisione superprovvisoria estera emanata dal tribunale competente a conoscere il merito della vertenza non sarà suscettibile di riconoscimento ed esecuzione in Svizzera⁵⁴⁸.

Nel contesto di un litigio a carattere internazionale, il richiedente che intende postulare dinanzi ad un tribunale svizzero l'assunzione di prove in applicazione dell'art. 158 CPC già in via supercautelare, dovrà dunque badare a che l'assunzione della prova avvenga su suolo elvetico. In caso contrario, il tribunale adito si dovrà dichiarare incompetente, una sua eventuale decisione non essendo in ogni caso suscettibile di riconoscimento ed esecuzione nel sistema della Convenzione.

⁵⁴⁴ Artt. 2 segg. CLug.

⁵⁴⁵ KOFMEL EHRENZELLER, *Kommentar Lug-Ü*, n. 17 ad art. 31 CLug; BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 2 ad art. 31 CLug.

⁵⁴⁶ Decisione del 21 maggio 1980 della CGUE, C-125/79, Denilauler c. Couchet Frères, n. 13; Decisione del 13 luglio 1995 della CGUE, C-474/93, Hengst Import BV c. Campese, n. 14; DTF 129 III 631, consid. 5.2.1; BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 14 ad art. 31 CLug; DONZALLAZ, *Commentaire*, pag. 206; VOLKEN, *Anerkennung*, pag. 429; TUNIK, *Exécution*, pag. 284; KOFMEL EHRENZELLER, *Kommentar Lug-Ü*, n. 35 ad art. 31 CLug; WALTER, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 134; PATOCCHI, *Riconoscimento*, pag. 68; MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, n. 1461; WALTER/DOMEJ, *Internationales Zivilprozessrecht*, pag. 566.

⁵⁴⁷ Decisione del TFB del 11 luglio 2014, consid. 15 - 19, pubblicata in sic! 2015, pagg. 54 segg.; BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 14 ad art. 31 CLug.

⁵⁴⁸ CREC VD, decisione del 8 dicembre 2011, pubblicata in JdT 2012 III 71, consid. 3b - 3c.

- 337 Dalla costellazione descritta vanno chiaramente distinti quei casi dove l'elemento d'internazionalità non tocca, o perlomeno non si esaurisce, nel tema della competenza territoriale del tribunale adito. Anche in questi casi - ovvero in presenza di un litigio di natura nazionale o nel quale l'elemento di internazionalità non ha effetto sulla competenza territoriale - non è, infatti, escluso che la misura ordinata sia suscettibile di avere un effetto extraterritoriale⁵⁴⁹. In materia di assunzione di prove a titolo cautelare il tema è quello dell'edizione, da una parte o da un terzo, di documenti che si trovano all'estero. In tal caso mi sembra giustificato che, analogamente a quanto avviene in materia di provvedimenti cautelari di natura personale che impattano anche su beni siti all'estero, il giudice svizzero possa ordinare, anche già in via supercautelare, dei provvedimenti *ad personam*, in specie l'ordine di produrre determinati documenti, indipendentemente dal fatto che questi ultimi si situano su suolo straniero⁵⁵⁰. Laddove l'edizione sia richiesta ad un terzo, torneranno inoltre pienamente operanti le misure di coercizione indiretta previste dall'art. 167 CPC, in particolare la multa disciplinare o la comminatoria penale, le quali, seppur di natura intraterritoriale, avranno pure un effetto extraterritoriale⁵⁵¹. Al contrario, la mancata collaborazione della controparte appare più problematica e rischia di rimanere senza sanzione⁵⁵².
- 338 Analogamente, in caso di richiesta d'ispezione oculare di un bene mobile, ritengo che il giudice possa ordinare, anche in via supercautelare, la produzione in tribunale dell'oggetto da sottoporre ad ispezione⁵⁵³, anche laddove quest'ultimo si situi all'estero⁵⁵⁴. Sui meccanismi coercitivi legati ad un tale ordine, vale integralmente quanto poc'anzi detto con riferimento all'edizione di documenti. Basti qui aggiungere che, con riguardo all'assenza di mezzi coercitivi nei confronti della controparte, mi sembra opportuno che l'istante valuti attentamente la possibilità di cumulare la propria domanda d'ispezione ex art. 158 CPC con una domanda di provvedimenti cautelari, tendente ad ottenere il deposito presso il tribunale del bene da ispezionare, ritenuto che in tal caso il giudice potrà ordinare anche le misure d'esecuzione diretta o indiretta del caso⁵⁵⁵, di modo che la misura risulterà ben più incisiva.

⁵⁴⁹ Analogamente, per i provvedimenti cautelari, cfr. TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 59; KOFMEL EHRENZELLER, *Kommentar Lug-Ü*, n. 30 segg. ad art. 31 CLug.

⁵⁵⁰ Per i provvedimenti cautelari: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1248 e 1249, con riferimenti.

⁵⁵¹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 61.

⁵⁵² Cfr. n. 481 segg., con analisi critica e proposte di soluzione al problema.

⁵⁵³ Art. 181 cpv. 3 CPC.

⁵⁵⁴ Ad esempio il giudice potrà ordinare che un server informatico venga consegnato al tribunale per poi procedere alla sua ispezione alla presenza delle parti.

⁵⁵⁵ Artt. 267 e 343 CPC.

III. Competenza materiale

La competenza materiale va determinata, secondo quanto disposto dall'art. 4 339
 cpv. 1 CPC, in applicazione del diritto cantonale⁵⁵⁶. Occorre tuttavia tenere
 conto di quanto previsto dagli artt. 5 e 6 CPC, che riservano la competenza del
 tribunale competente in istanza cantonale unica e di un eventuale tribunale
 commerciale. Per le controversie sottoposte alla competenza di tali autorità
 specifiche - aspetto che va determinato tenuto conto della natura della pretesa di
 merito giustificante l'assunzione di prove a titolo cautelare⁵⁵⁷ - queste ultime
 sono pure competenti per ordinare i relativi provvedimenti cautelari⁵⁵⁸, tra cui
 l'assunzione di prove a titolo cautelare⁵⁵⁹. Da menzionare è inoltre la
 competenza esclusiva del Tribunale federale dei brevetti⁵⁶⁰, anche per ordinare
 l'assunzione di prove a titolo cautelare⁵⁶¹.

Nel Cantone Ticino non esiste un tribunale commerciale⁵⁶², mentre per quanto 340
 attiene al tribunale competente a decidere in istanza cantonale unica, tale
 compito riviene alla terza Camera civile del Tribunale di appello,
 conformemente all'art. 48 lett. c n. 4 LOG/TI⁵⁶³.

Con riferimento invece alla competenza per valore, la quale pure si determina 341
 secondo il diritto cantonale⁵⁶⁴, in Canton Ticino competente è il Giudice di pace
 sino ad un valore litigioso di fr. 5'000.-⁵⁶⁵, mentre in caso di valore superiore
 competenti sono il Pretore e il Pretore aggiunto⁵⁶⁶.

IV. Competenza in caso di patto d'arbitrato

Interessante è la questione a sapere chi sia competente per ordinare l'assunzione 342
 di prove a titolo cautelare nel caso in cui le parti abbiano sottoposto ad un
 tribunale arbitrale la pretesa di merito soggiacente alla tutela giurisdizionale
 richiesta. Anche in tal caso occorre distinguere i casi che presentano aspetti

⁵⁵⁶ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 2; BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 5; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 106.

⁵⁵⁷ BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 5.

⁵⁵⁸ Art. 5 cpv. 2 CPC e art. 6 cpv. 5 CPC.

⁵⁵⁹ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 2; BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 5; VOCK/NATER, *BSK ZPO*, n. 16 ad art. 5 CPC e n. 17b ad art. 6 CPC.

⁵⁶⁰ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 2.

⁵⁶¹ Art. 26 cpv. 1 lett. b LBI.

⁵⁶² COCCHI, *Comm. CPC*, pag. 19.

⁵⁶³ COCCHI, *Comm. CPC*, pag. 17.

⁵⁶⁴ Art. 4 cpv. 1 CPC.

⁵⁶⁵ Art. 31 lett. c LOG/TI.

⁵⁶⁶ Art. 37 cpv. 1 LOG/TI.

internazionali da quelli da giudicare sulla base delle sole norme di diritto interno.

1. In diritto interno

- 343 In caso di applicazione del CPC, l'art. 374 cpv. 1 del medesimo prevede una competenza concorrente del tribunale statale per ordinare provvedimenti cautelari, compresi quelli per assicurare i mezzi di prova. A giusta ragione la dottrina ritiene che tale norma, visto il chiaro testo legale, sia applicabile solo in caso di messa in pericolo di un mezzo di prova, ad esclusione degli altri casi di applicazione previsti dall'art. 158 CPC⁵⁶⁷. Ne viene che l'assunzione di un mezzo di prova tesa a valutare le possibilità di successo del procedimento successivo resta di esclusiva competenza del tribunale arbitrale, ciò che rispetta peraltro pure il principio sancito all'art. 375 cpv. 1 CPC.

2. In applicazione della LDIP

- 344 Ove la fattispecie soggiacente alla richiesta di tutela giurisdizionale si caratterizzi per la presenza di aspetti internazionali, torna applicabile l'art. 183 LDIP. Ora, anche tale disposto di legge sancisce una competenza concorrente del tribunale statale rispetto al tribunale arbitrale per poter ordinare i provvedimenti cautelari e conservativi⁵⁶⁸. Lo stesso, secondo la dottrina maggioritaria, si applica pure all'assunzione di prove a titolo cautelare, ove sussista una messa in pericolo del mezzo di prova⁵⁶⁹. Come rettamente rilevato da SCHWEIZER⁵⁷⁰, anche in questo caso, la competenza del tribunale statale va di contro esclusa nel caso in cui la misura non sia giustificata da un rischio di perdita del mezzo di prova, ma si appalesi quale applicazione degli altri casi previsti dall'art. 158 CPC. Ne viene che, anche in ambito internazionale, l'assunzione di un mezzo di prova tesa a valutare le possibilità di successo del procedimento successivo resta di esclusiva competenza del tribunale arbitrale, ciò che rispetta peraltro pure il principio sancito all'art. 184 cpv. 1 LDIP.

⁵⁶⁷ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 3; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1062; HABEGGER, *BSK ZPO*, n. 12 ad art. 374 CPC; BOOG/STARK-TRABER, *BK ZPO*, n. 30 ad art. 374 CPC.

⁵⁶⁸ BERGER/KELLERHALS, *Schiedsgerichtsbarkeit*, n. 1167; GEISINGER, *Relations*, pagg. 375 segg.; VISCHER, *ZK IPRG*, n. 3 ad art. 183 LDIP; DUTOIT, *Commentaire LDIP*, n. 1 ad art. 183 LDIP; BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 6 ad art. 183 LDIP; MABILLARD, *BSK IPRG*, n. 5 ad art. 183 LDIP.

⁵⁶⁹ BERGER/KELLERHALS, *Schiedsgerichtsbarkeit*, n. 1140; BUCHER, *CR LDIP-CL*, n. 2 ad art. 183 LDIP; MABILLARD, *BSK IPRG*, n. 6a ad art. 183 LDIP; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 3.

⁵⁷⁰ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 3.

V. Valore litigioso

1. In generale

Il valore litigioso di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare - il quale è decisivo per la determinazione della competenza per valore, per la fissazione degli oneri processuali e per la natura del rimedio giuridico proponibile contro la relativa decisione - va determinato in applicazione del CPC⁵⁷¹, e più in particolare in applicazione degli artt. 91 - 94 CPC. 345

Per determinare il valore litigioso di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare occorre tenere conto del valore della pretesa di merito soggiacente alla domanda, la quale verrà poi fatta valere con l'eventuale procedura principale⁵⁷². Il mezzo di prova, in quanto tale, non ha infatti un suo valore pecuniario⁵⁷³. Ove la richiesta di assunzione anticipata di prove s'inserisca nel contesto di una procedura principale già pendente, il valore litigioso sarà chiaramente quello di tale processo⁵⁷⁴. 346

Così, per esempio, ove l'istante postuli l'assunzione di una perizia a titolo cautelare per accertare i difetti di un immobile, il valore litigioso va calcolato tenendo conto della potenziale pretesa che il procedente potrà far valere, ad esempio a titolo di minor valore, nella successiva procedura principale. Nello stesso ordine di idee, quando l'istante chiede l'audizione di un teste tenuto ad esprimersi in merito alle circostanze di un incidente della circolazione, al fine di valutare le possibilità di un eventuale procedimento di risarcimento danni, il valore litigioso va fissato tenuto conto della pretesa che presumibilmente verrà fatta valere in tale processo. Nel caso in cui la prova richiesta sia l'edizione di una serie di documenti tesi a provare l'esistenza di una violazione contrattuale, per esempio in un processo bancario, il valore della lite va determinato tenendo conto della potenziale pretesa che il cliente farà valere nei confronti della banca nella procedura di merito. 347

Dove invece la pretesa alla base della domanda non abbia valore pecuniario, anche la relativa procedura di assunzione di prove a titolo cautelare sarà da considerarsi come senza valore determinato o determinabile⁵⁷⁵. 348

⁵⁷¹ Cfr. art. 4 cpv. 2 CPC.

⁵⁷² KGer SG, BS.2012.5, del 5 aprile 2012, consid. 1b; OGer ZH, LF110134 Z02, del 12 gennaio 2012, consid. 4; OGer ZH LF130054, del 17 ottobre 2010, consid. 2.3; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 26b ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 5.

⁵⁷³ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 5.

⁵⁷⁴ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 26b ad art. 158 CPC.

⁵⁷⁵ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 5.

- 349 Da quanto esposto sopra, ben si comprende come incomba in primo luogo alla parte istante l'onere di allegare la fattispecie soggiacente alla sua richiesta di tutela giurisdizionale, ciò che comporta pure l'onere di indicare il valore pecuniario della relativa pretesa. Ciò è peraltro conforme a quanto stabilito dall'art. 91 cpv. 1 CPC, secondo il quale il valore litigioso è determinato dalla domanda e dipende dunque dalle pretese avanzate dall'attore⁵⁷⁶. Conformemente all'art. 91 cpv. 2 CPC, in ultima analisi, eccezion fatta per i casi di chiare pretese in denaro, incombe tuttavia al giudice il compito di determinare il valore litigioso nei casi dubbi o ove le parti non si accordino, ritenuto che determinante è il valore oggettivo della pretesa in discussione⁵⁷⁷.
- 350 Dal mio punto di vista, stante la peculiarità della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare prima dell'introduzione del processo di merito, il compito dell'istante nel concorrere in modo proattivo alla determinazione del valore litigioso deve essere ritenuto accresciuto. Occorre, infatti, ricordare che in una tale procedura il tema del litigio si trova spesso ad uno stadio embrionale⁵⁷⁸, ragione per cui incombe al richiedente l'onere di allegare tutte quelle circostanze utili a determinare il valore litigioso. Il giudice, basandosi poi su tali elementi, sarà così in grado di eventualmente determinarsi al riguardo, in caso di contestazione o di seri dubbi sulla correttezza degli importi indicati.

2. In caso di allegazioni insufficienti

- 351 Nel caso in cui le indicazioni fornite dall'istante non siano sufficienti per la fissazione del valore litigioso, si pone la questione a sapere come il giudice debba procedere alla determinazione del medesimo.
- 352 Il Tribunale federale, in una sua sentenza del 16 gennaio 2014⁵⁷⁹, vista l'assenza di chiare indicazioni relative alla pretesa di merito soggiacente alla domanda di assunzione di prove a titolo cautelare, ha proceduto alla fissazione degli oneri processuali basandosi su di un valore litigioso calcolato tenuto conto del costo presumibile dell'eventuale futura causa principale (oneri processuali e spese legali). L'Alta Corte ha in particolare indicato che - essendo lo scopo

⁵⁷⁶ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 372; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 3 ad art. 91 CPC; STEINWIGGER, *Kommentar ZPO*, n. 17 ad art. 91 CPC; DIGGELMANN, *ZPO Kommentar*, n. 10 e 11 ad art. 91 CPC.

⁵⁷⁷ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 376; STERCHI, *BK ZPO*, n. 15 ad art. 91 CPC; DIGGELMANN, *ZPO Kommentar*, n. 22 ad art. 91 CPC.

⁵⁷⁸ Secondo una formulazione utilizzata dal TF: "*Im Verfahren nach Art. 158 Abs. 1 ZPO ist schliesslich zu beachten, dass im Stadium einer vorsorglichen Beweisführung vor Einleitung des Hauptprozesses das Prozessthema noch nicht abschliessend herausgeschält ist.*" (DTF 140 III 16, consid. 2.2.3).

⁵⁷⁹ TF 4A_589/2013, decisione del 16 gennaio 2014, consid. 4, non pubblicato in DTF 140 III 12.

dell'assunzione di prove a titolo cautelare, tra l'altro, quello di evitare l'introduzione di cause di merito prive di possibilità di successo e dunque di evitare anche i relativi costi - ben si giustificava di fissare il valore della lite tenendo conto appunto dei medesimi.

Dal mio punto di vista, tale soluzione va applicata con estremo riserbo. In particolare, la medesima può entrare in linea di conto dinanzi alle istanze superiori dotate di un potere cognitivo limitato ed in caso di allegazioni carenti dell'istante, ove un rinvio all'autorità inferiore per la fissazione del valore litigioso si scontrerebbe col principio dell'economia processuale e non sarebbe dunque proporzionato. Di contro, in particolare in prima istanza, il giudice dovrebbe, ove possibile, determinare in modo conforme ai principi generali esposti in precedenza il valore litigioso, se del caso utilizzando lo strumento dell'interpello⁵⁸⁰ in caso di allegazioni carenti su tale punto⁵⁸¹. 353

3. Impatto sulle spese processuali

Alla luce di quanto dianzi esposto, con riferimento alla modalità di calcolo del valore litigioso di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, ben si comprende come il medesimo possa facilmente raggiungere importi anche ragguardevoli, a dipendenza della pretesa di merito soggiacente affacciata dall'istante. Il valore litigioso ha, tra l'altro, un impatto diretto sulle spese processuali⁵⁸², e meglio sugli esborsi forfettari per la decisione (tassa di giustizia)⁵⁸³, per la cui quantificazione il giudice deve appunto considerare il valore della lite che gli è sottoposta⁵⁸⁴, seppur tale criterio non debba essere l'unico esaminato⁵⁸⁵. Ne consegue che, in materia di assunzione di prove a titolo cautelare, la tassa di giustizia percepita potrebbe raggiungere anche importi di 354

⁵⁸⁰ Art. 56 CPC.

⁵⁸¹ In tal senso è dal mio punto di vista da salutare positivamente il modo di procedere usuale della II CCA TI, la quale, in caso di accertamenti insufficienti da parte del giudice di prime cure, si attiva al fine di determinare correttamente il valore della lite (cfr.: II CCA TI, 12.2011.162, del 10 novembre 2011, consid. 1).

⁵⁸² Il valore litigioso ha inoltre un impatto diretto sulla quantificazione delle ripetibili. In questa sede si è tuttavia deciso di concentrarsi sulla problematica delle spese processuali, ritenuto che per la quantificazione delle ripetibili le norme vigenti prevedono già dei meccanismi di modulazione per tenere conto dell'attività effettivamente svolta dai patrocinatori (cfr. per esempio art. 13 RTar/TI).

⁵⁸³ Art. 95 cpv. 2 lett. b CPC.

⁵⁸⁴ SUTER/VON HOLZEN, *Kommentar ZPO*, n. 22 ad art. 96 CPC; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 96 CPC.

⁵⁸⁵ DTF 126 I 180, consid. 3; DTF 124 I 241, consid. 4; DTF 120 Ia 171, consid. 2.

una certa rilevanza, ai quali si aggiungono poi le spese dell'assunzione della prova postulata⁵⁸⁶ e le spese ripetibili dovute di regola alla controparte⁵⁸⁷.

- 355 Già si è detto che la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare si distingue dalle altre procedure previste dal codice di rito per il fatto che il giudice non è tenuto ad esaminare le pretese di diritto materiale delle parti, nemmeno in un'ottica di mera verosimiglianza, ma si limita ad ordinare l'assunzione anticipata di uno o più mezzi di prova⁵⁸⁸. In tali circostanze mi sembra opportuno domandarsi se la tassa di giustizia fissata in una tale procedura non debba tenere conto di tale peculiarità. La risposta deve essere dal mio punto di vista positiva. Nella fissazione delle spese processuali - ed in particolare della tassa di giustizia - occorre, infatti, tenere conto del principio dell'equivalenza, ovvero - oltre al valore della lite - prendere in considerazione anche l'effettivo dispendio di tempo del tribunale per evadere la richiesta di tutela giurisdizionale. In altri termini, bisogna pure considerare il valore oggettivo della prestazione fornita dallo Stato⁵⁸⁹. Valore oggettivo che mi sembra innegabilmente essere più contenuto in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, rispetto ad una procedura di merito o ad una procedura provvisoria classica ex art. 261 segg. CPC, l'attività del giudice essendo limitata appunto all'assunzione di uno o più mezzi di prova.
- 356 Nonostante le indicate peculiarità dello strumento oggetto del presente lavoro, solo alcuni cantoni hanno previsto, nelle relative normative per la fissazione delle spese processuali, un regime specifico di calcolo della tassa di giustizia⁵⁹⁰. Altri cantoni, tra cui anche il Canton Ticino, non hanno di contro introdotto regole speciali, ragione per cui di norma sono applicabili le disposizioni in materia di procedura sommaria o, laddove previsto, in materia di provvedimenti cautelari⁵⁹¹. Questa soluzione non mi sembra per nulla soddisfacente. Difatti, avuto riguardo al già citato principio di equivalenza, non mi pare corretto equiparare l'attività svolta dal giudice in una procedura sommaria o cautelare, nel cui ambito quest'ultimo deve - se del caso solo in verosimiglianza - esaminare le pretese di diritto materiale delle parti, con il compito del giudice adito mediante una procedura ex art. 158 CPC, laddove egli si limita ad ordinare

⁵⁸⁶ Art. 95 cpv. 2 lett. c CPC; spese che, soprattutto in caso di assunzione della prova peritale, potrebbero pure essere di una certa importanza.

⁵⁸⁷ Cfr. n. 610.

⁵⁸⁸ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

⁵⁸⁹ DTF 132 II 371, consid. 2.1; DTF 130 III 225, consid. 2.3; STERCHI, *BK ZPO*, n. 6 ad art. 95 CPC; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 7 ad art. 95 CPC; SUTER/VON HOLZEN, *Kommentar ZPO*, n. 25 ad art. 96 CPC.

⁵⁹⁰ Cfr. art. 8 cpv. 2 lett. a KoV/LU; art. 8 cpv. 1 cifra 2 GebT/BS; art. 8 cpv. 2 lett. a GebT/BL.

⁵⁹¹ Cfr. art. 10 LTG/TI; art. 8 GebV/ZH; art. 26 RTFMC/GE; art. 28 TFJC/VD; art. 40 VKD/BE.

l'assunzione anticipata di un mezzo di prova. Una regolamentazione specifica delle tasse di giustizia riferite a tale istituto mi sembra dunque giustificata e preferibile.

Alle problematiche di equivalenza qui sopra evocate, si aggiunge poi il fatto che la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare è, per sua natura, funzionale ad un futuro eventuale processo di merito, nel cui ambito, se introdotto, verranno pure percepite spese processuali calcolate tenendo anche conto del valore litigioso. Il rischio che l'impegno economico di quella parte che decide di appellarsi preventivamente alla facoltà concessa dall'art. 158 CPC, ad esempio per valutare le sue prospettive processuali, lievitando in modo importante, è dunque particolarmente acuto. Il tutto con la conseguenza che le parti potrebbero essere demotivate nel fare uso di tale strumento, a discapito dello scopo di evitare procedure inutili che ha pure condotto il legislatore ad introdurlo nel CPC⁵⁹². A ciò si aggiunge che un tale importante impegno finanziario potrebbe risultare problematico anche dal punto di vista del diritto di accesso alla giustizia⁵⁹³, laddove ad una parte vengano caricate spese processuali assai importanti, per un'attività limitata alla semplice amministrazione di una prova, soltanto a ragione di un valore litigioso elevato.

Alla luce di quanto esposto, in assenza di normative specifiche nei tariffari cantonali che tengano conto delle particolarità della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, ritengo in ogni caso opportuno che il giudice moduli verso il basso le tasse di giustizia percepite, al fine di tenere appunto conto della specificità della procedura che lo occupa e della peculiarità del suo intervento⁵⁹⁴. Dal mio punto di vista, in presenza di valori litigiosi particolarmente elevati, tale modulazione dovrebbe condurre il giudice, laddove lo ritenga giustificato, finanche a spingersi, verso il basso, oltre i minimi previsti dalle tariffe cantonali applicabili. Questo poiché il valore litigioso elevato non ha un diretto impatto sull'attività fornita dallo Stato, la quale si limita, come detto, in tutti i casi all'assunzione anticipata di un mezzo di prova, sia questo volto a provare una pretesa di grande o piccolo valore pecuniario. In altri termini, l'attività del giudice, al quale è per esempio chiesto di assumere una perizia in via cautelare, sarà spesso simile, indipendentemente dal fatto che tale perizia sia volta a concorrere alla prova di una pretesa di pochi franchi o di svariati milioni.

⁵⁹² Cfr. infra n. 32 segg.

⁵⁹³ Art. 29a Cost.; DTF 120 Ia 171, consid. 2a; TF 4A_624/2014, decisione del 9 luglio 2015, consid. 6.1; TF 2C_513/2012, decisione del 11 dicembre 2012, consid. 3.1.

⁵⁹⁴ In tal senso anche: FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 37a ad art. 158 CPC.

VI. Applicazione della procedura sommaria

359 Per effetto del rinvio di cui al secondo capoverso dell'art. 158 CPC, all'assunzione di prove a titolo cautelare torna applicabile la procedura sommaria⁵⁹⁵. La procedura è dunque in particolare retta dagli artt. 252 - 256 CPC.

1. Forma e contenuto della domanda

360 Una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare deve rispettare la forma prescritta dall'art. 252 CPC. La stessa va dunque proposta nella forma dell'istanza⁵⁹⁶, la quale deve rispettare le esigenze di forma indicate all'art. 130 CPC⁵⁹⁷. In casi semplici o di particolare urgenza, il CPC prevede che un'istanza possa essere presentata pure in forma orale mediante dichiarazione a verbale presso il tribunale⁵⁹⁸.

361 Al proposito di quest'ultima possibilità, la dottrina rileva rettamente come la presentazione di un'istanza orale entri in linea di conto solo in casi di urgenza qualificata e ove il lavoro necessario per la verbalizzazione non sia smisurato⁵⁹⁹, ciò che peraltro farebbe decadere il senso di presentare una domanda in tale forma, legato principalmente all'urgenza e dunque alla necessità di veloce evasione della stessa.

362 Dal mio punto di vista la possibilità di presentare una richiesta orale di assunzione di prove a titolo cautelare dovrebbe essere praticamente in tutti i casi esclusa⁶⁰⁰. Una tale possibilità va, infatti, limitata a quei casi ove la fattispecie possa essere allegata in modo estremamente breve, pochi mezzi di prova a sostegno della stessa entrino in linea di conto e la problematica giuridica sia particolarmente liquida⁶⁰¹. Ciò è difficilmente il caso in materia di assunzione di prove a titolo cautelare, ove l'istante ha un onere di allegare e specificare

⁵⁹⁵ VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 835; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 945; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 20 ad art. 158 CPC; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1488; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 104; BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pagg. 3 e 4; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 4; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 7 ad art. 158 CPC.

⁵⁹⁶ Art. 252 cpv. 1 CPC.

⁵⁹⁷ Art. 252 cpv. 2 CPC.

⁵⁹⁸ Art. 252 cpv. 2 CPC, seconda frase.

⁵⁹⁹ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1122; BOHNET, *Procédure sommaire*, pag. 270; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 6 ad art. 252 CPC.

⁶⁰⁰ *Contra*: SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 4; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 62; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 104.

⁶⁰¹ GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 6 e 7 ad art. 252 CPC; MAZAN, *BSK ZPO*, n. 6 ad art. 252 CPC; *critico in relazione al ricorso alla forma orale nei casi semplici*: KLINGLER, *Kommentar ZPO*, n. 41 ad art. 252 CPC.

particolare⁶⁰², dovendo egli, oltre alla riunione dei presupposti di cui all'art. 158 CPC, indicare in modo chiaro la fattispecie e la relativa pretesa soggiacenti alla sua richiesta di tutela giurisdizionale. La presentazione di una domanda orale risulta dunque poco adatta a raggiungere un tale grado specifico di allegazione, tanto più che spesso l'istanza andrà corredata dalla documentazione giustificativa rendente verosimile l'esistenza di una potenziale pretesa di merito, ciò che nuovamente mal si concilia con il concetto di semplicità di cui all'art. 252 cpv. 2 CPC.

Per il resto, l'istanza dovrà rispettare le esigenze dettate dall'art. 221 CPC, applicabile alla procedura sommaria per effetto del rinvio di cui all'art. 219 CPC⁶⁰³, contenendo l'indicazione delle parti coinvolte, la domanda, il valore litigioso, l'esposizione dei fatti, l'indicazione dei mezzi di prova con riferimento ai fatti esposti e la data e la firma. 363

Alla stessa vanno allegati un'eventuale procura - in caso di rappresentanza⁶⁰⁴ - e soprattutto i documenti a disposizione invocati come mezzi di prova⁶⁰⁵. Un elenco dei mezzi di prova è necessario solo ove si postuli l'assunzione di altre prove oltre ai soli documenti⁶⁰⁶, ciò che, come si vedrà oltre⁶⁰⁷, è comunque l'eccezione in una procedura sommaria⁶⁰⁸. 364

2. Cumulo di azioni

Giusta l'art. 90 CPC, l'attore può riunire in un'unica azione più pretese contro una medesima parte se per ciascuna di esse è competente per materia il giudice adito (a) e risulta applicabile la stessa procedura (b). La norma in questione tratta del cumulo oggettivo di azioni⁶⁰⁹. Con riferimento alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare appare interessante domandarsi se tale possibilità entri pure qui in linea di conto e, in caso affermativo, in quali casi. A titolo di esempio, la problematica è quella della proponibilità di una domanda di tutela giurisdizionale nei casi manifesti cumulata ad una domanda di assunzione 365

⁶⁰² Cfr. infra n. 227 segg.

⁶⁰³ MAZAN, *BSK ZPO*, n. 9 ad art. 252 CPC; JENT-SORENSEN, *KuKomm ZPO*, n. 6 ad art. 252 CPC; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 21 ad art. 252 CPC.

⁶⁰⁴ Art. 221 cpv. 2 lett. a CPC.

⁶⁰⁵ Art. 221 cpv. 2 lett. c CPC; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 8 ad art. 252 CPC; MAZAN, *BSK ZPO*, n. 11 ad art. 252 CPC; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 38 ad art. 252 CPC.

⁶⁰⁶ KLINGLER, *Kommentar ZPO*, n. 36 ad art. 252 CPC; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 39 ad art. 252 CPC.

⁶⁰⁷ Cfr. infra n. 401 - 404.

⁶⁰⁸ Art. 254 CPC.

⁶⁰⁹ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 365; SPÜHLER/WEBER, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 90 CPC; BESSENICH/BOPP, *Kommentar ZPO*, n. 3 ad art. 90 CPC; MARKUS, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 90 CPC.

di prove a titolo cautelare, rispettivamente del cumulo di quest'ultima con una domanda cautelare o con una domanda di rigetto dell'opposizione.

- 366 Ora, per rispondere al quesito in esame, determinante è la questione a sapere come debba essere interpretata ed applicata la condizione, contenuta nel testo legale, del medesimo tipo di procedura⁶¹⁰. Al riguardo la dottrina si riferisce in larga misura alla mera tipologia di procedura (sommatoria, semplificata, ordinaria e procedure speciali di diritto matrimoniale)⁶¹¹. Dal mio punto di vista le peculiarità della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare giustificano tuttavia una differenziazione che va oltre al semplice riferimento alla medesima tipologia di procedura, in specie quella sommatoria.
- 367 Al riguardo mi sembra opportuno ricordare, una volta di più, che in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non si tratta di decidere sulle pretese di diritto materiale delle parti, bensì unicamente di assumere uno o più mezzi di prova⁶¹². Il giudice è dunque chiamato ad un'attività particolare e ben delimitata che in alcuni casi è pure retta da una logica di urgenza che giustifica un intervento celere e puntuale. In tali circostanze, che il giudice adito mediante un'istanza ex art. 158 CPC possa essere chiamato, a titolo di esempio, anche ad esprimersi su di una domanda di tutela giurisdizionale nei casi manifesti o di rigetto dell'opposizione dell'istante, non mi pare, né ammissibile, né giustificato. In particolare, un tale modo di procedere mi sembra disattenda il precetto cardine dell'economia processuale, il quale soggiace peraltro alla logica dell'istituto del cumulo oggettivo di azioni⁶¹³.
- 368 In altri termini, secondo l'opinione qui sostenuta, la condizione del medesimo tipo di procedura di cui all'art. 90 lett. b CPC, in presenza di una domanda ex art. 158 CPC, va analizzata tenendo conto delle peculiarità e specificità della procedura in narrativa, escludendo così la possibilità di cumulare una tale richiesta di tutela giurisdizionale con domande che impongano al giudice di esprimersi, anche solo in verosimiglianza, sulle pretese delle parti che derivano dal diritto materiale. Ci si volesse però attenere unicamente al testo legale dell'art. 90 lett. b CPC, limitandosi a una mera analisi della tipologia di procedura e ammettendo dunque un cumulo di pretese giudicabili secondo il rito sommario, una disgiunzione delle due procedure sarebbe, dal mio punto di vista, praticamente in ogni caso giustificata⁶¹⁴.

⁶¹⁰ Art. 90 lett. b CPC.

⁶¹¹ SPÜHLER/WEBER, *BSK ZPO*, n. 7 ad art. 90 CPC; BOHNET, *CPC commenté*, n. 9 ad art. 90 CPC; MARKUS, *BK ZPO*, n. 11 segg. ad art. 90 CPC.

⁶¹² DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

⁶¹³ MARKUS, *BK ZPO*, n. 3 ad art. 90 CPC; SPÜHLER/WEBER, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 90 CPC.

⁶¹⁴ Art. 125 lett. b CPC.

Un'eccezione ricorre, dal mio punto di vista, unicamente laddove ad una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare venga cumulata una domanda cautelare funzionale all'amministrazione probatoria richiesta. A titolo di esempio si pensi a quella parte che cumula, ad una domanda di ispezione in via cautelare di un server informatico da eseguirsi presso il tribunale adito⁶¹⁵, una domanda cautelare volta ad ordinare alla controparte, con le misure di esecuzione diretta o indiretta del caso⁶¹⁶, il deposito in tribunale di quel medesimo server. Oppure al caso in cui sia richiesto in via cautelare il divieto alla controparte di eliminare o alterare una serie di dati contenuti in un supporto informatico, cumulando tale domanda con quella di assunzione di una perizia a titolo cautelare su tali dati. In questi casi mi sembra chiaro che il provvedimento cautelare ex artt. 261 segg. CPC, non solo è funzionale, bensì è imprescindibile nell'ottica di una corretta amministrazione del mezzo di prova richiesto, ragione per cui ritengo giustificato che il giudice debba trattare questi due aspetti nell'ambito della medesima procedura e l'istante possa dunque procedere all'introduzione di una sola domanda, in applicazione dell'art. 90 CPC, chiedendo al giudice di ordinare prima la misura cautelare, per poi procedere in un secondo tempo all'assunzione del mezzo di prova richiesto⁶¹⁷.

Da ultimo, sempre con riferimento al tema del cumulo oggettivo di azioni riferito ad una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, mi sembra importante accennare pure alla potenziale problematica della carenza di medesima competenza materiale del giudice adito, ai sensi dell'art. 90 lett. a CPC. Difatti, vista la moltitudine di diverse procedure rette dal rito sommario, non è da escludere che il diritto cantonale preveda che il giudice competente per decidere su di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare non sia, per esempio, il medesimo competente per concedere il rigetto dell'opposizione. Il problema si pone tra l'altro, in Ticino, al foro di Lugano, laddove esiste una specifica sezione della Pretura competente per tutte le pratiche rette dalle Legge federale sull'esecuzione e sul fallimento⁶¹⁸.

3. Presa di posizione della parte convenuta

Ad eccezione dei casi in cui un provvedimento superprovvisorio si giustifichi, aspetto su cui si tornerà oltre⁶¹⁹, alla parte convenuta va garantito, giusta l'art. 253 CPC, il suo diritto di essere sentita⁶²⁰ prima che il giudice si esprima sulla

⁶¹⁵ Art. 181 cpv. 3 CPC.

⁶¹⁶ Artt. 267 e 343 CPC.

⁶¹⁷ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1014.

⁶¹⁸ II CCA TI, 12.2013.35, del 26 aprile 2013, consid. 7.

⁶¹⁹ Cfr. infra n. 419 segg.

⁶²⁰ Art. 29 Cost., art. 6 CEDU e art. 53 CPC.

richiesta di assunzione di prove a titolo cautelare dell'istante⁶²¹. Da un coinvolgimento della controparte si può prescindere solo in caso di reiezione della domanda, poiché manifestamente inammissibile o infondata⁶²².

A) Osservazioni scritte della parte convenuta

a) In generale

- 372 Il CPC lascia un'ampia latitudine di giudizio al giudice sulle modalità con cui garantire alla controparte il diritto di essere sentita⁶²³.
- 373 In primo luogo, egli può scegliere per la fissazione di un breve termine alla parte convenuta (normalmente di 10 giorni⁶²⁴) per la presentazione di osservazioni scritte. La conseguenza della mancata presentazione di tali osservazioni dovrebbe essere, dal mio punto di vista, la preclusione della parte convenuta, la quale non è dunque più legittimata a contestare l'istanza avversaria⁶²⁵, senza che sia necessario impartirle un breve termine suppletorio⁶²⁶. La questione assume invero carattere secondario, ritenuto che il giudice deve in ogni caso esaminare d'ufficio la riunione delle condizioni giustificanti l'assunzione di prove a titolo cautelare⁶²⁷.
- 374 Le osservazioni formulate dal convenuto vanno sempre notificate all'istante prima dell'emanazione della decisione⁶²⁸. Un secondo scambio di scritti è tuttavia l'eccezione in procedura sommaria⁶²⁹ e può essere ordinato dal giudice nei casi ove sia ritenuto necessario, in particolare ove la presa di posizione del

⁶²¹ DTF 142 III 40, consid. 3.1.2; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 71; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 4; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 104; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 317; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 8 ad art. 158 CPC.

⁶²² Art. 253 CPC.

⁶²³ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1123; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 253 CPC.

⁶²⁴ KLINGLER, *Kommentar ZPO*, n. 2 ad art. 253 CPC; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 23 ad art. 253 CPC.

⁶²⁵ MAZAN, *BSK ZPO*, n. 16 ad art. 253 CPC; WILLISEGGER, *BSK ZPO*, n. 29 ad art. 223 CPC; KLINGLER, *Kommentar ZPO*, n. 3 ad art. 253 e n. 22 - 23 ad art. 252 CPC; *contra*: TAPPY, *CPC commenté*, n. 26 ad art. 223 CPC.

⁶²⁶ MAZAN, *BSK ZPO*, n. 16 ad art. 253 CPC; LEUENBERGER, *Kommentar ZPO*, n. 8 ad art. 223 CPC; KLINGLER, *Kommentar ZPO*, n. 3 ad art. 253 e n. 22 - 23 ad art. 252 CPC; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 31 ad art. 253 CPC; analogamente: DTF 138 III 483, consid. 3.2.4.

⁶²⁷ DTF 140 III 30, consid. 3.4.1; cfr. infra n. 413 segg.

⁶²⁸ MAZAN, *BSK ZPO*, n. 15 ad art. 253 CPC; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 9 ad art. 253 CPC.

⁶²⁹ DTF 138 III 252, consid. 2.1; MAZAN, *BSK ZPO*, n. 15 ad art. 253 CPC; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 9 ad art. 253 CPC; KLINGLER, *Kommentar ZPO*, n. 9 ad art. 253 CPC.

convenuto necessari, soprattutto se sono sollevate particolari eccezioni, di una replica dell'istante⁶³⁰. Ricevute le osservazioni del convenuto, all'istante è in ogni caso data la possibilità di formulare una replica spontanea⁶³¹, alla quale la parte convenuta potrà poi duplicare spontaneamente o eventualmente così invitata dal giudice⁶³².

Ove il giudice decida per la trattazione del caso in procedura scritta, la citazione ad un successivo dibattimento, esaurito lo scambio degli allegati introduttivi, non è obbligatoria per l'evasione di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare⁶³³. Il giudice potrà tuttavia risolvere per una citazione al dibattimento ove lo ritenga necessario, in particolare ove siano da ammettere ulteriori mezzi di prova oltre ai documenti⁶³⁴, ciò che tuttavia in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare dovrebbe essere una rara eccezione⁶³⁵. 375

Dal mio punto di vista, le parti, esaurito lo scambio degli allegati introduttivi, non dovrebbero avere un diritto ad una citazione al dibattimento. In altri termini, tale decisione va lasciata alla sola valutazione del giudice. L'art. 6 n. 1 CEDU non garantisce, infatti, la tenuta di un'udienza pubblica per quei procedimenti a carattere meramente giuridico e tecnico⁶³⁶, ciò che mi sembra essere proprio il caso della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, ove non si tratta di decidere su di un diritto materiale o un dovere delle parti, ma unicamente di valutare se un'anticipazione del momento dell'assunzione di alcuni mezzi di prova si giustifichi⁶³⁷. 376

b) *Forma e contenuto delle osservazioni*

Per quanto attiene alla forma delle osservazioni, al proposito basta rinviare a quanto indicato in precedenza con riferimento alla forma dell'istanza⁶³⁸. L'art. 130 CPC torna dunque applicabile⁶³⁹. 377

⁶³⁰ DTF 106 Ia 104, consid. 2.1; TF 5A_814/2014, decisione del 12 dicembre 2014, consid. 3.2; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 40 ad art. 253 CPC; MAZAN, *BSK ZPO*, n. 15 ad art. 253 CPC.

⁶³¹ DTF 138 I 154, consid. 2.3.2 segg.; DTF 133 I 100, consid. 4.3 segg.; DTF 133 I 98, consid. 2.1; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 10 ad art. 253 CPC; BOHNET, *CPC commenté*, n. 9 ad art. 253 CPC; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 39 ad art. 253 CPC.

⁶³² GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 11 ad art. 253 CPC.

⁶³³ Art. 256 cpv. 1 CPC.

⁶³⁴ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1125.

⁶³⁵ Cfr. infra n. 401 - 404.

⁶³⁶ TF 4A.9/2006, decisione del 18 luglio 2006, consid. 1 non pubblicato in DTF 132 III 668; HALDY, *CPC commenté*, n. 4 ad art. 54 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1125; BOHNET, *Procédure sommaire*, pag. 275.

⁶³⁷ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; DTF 140 II 12, consid. 3.3.3.

⁶³⁸ Cfr. infra n. 360 - 364.

⁶³⁹ TAPPY, *CPC commenté*, n. 15 ad art. 222 CPC; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 8 ad art.

- 378 Quanto al contenuto delle stesse, nuovamente basta in larga misura riferirsi a quanto previsto per l'atto introduttivo d'istanza. Le osservazioni dovranno dunque contenere la domanda, l'esposizione dei fatti, l'indicazione dei mezzi di prova con riferimento ai fatti esposti, la data e la firma⁶⁴⁰. La parte convenuta dovrà in particolare indicare quali fatti esposti dal precedente riconosce o contesta⁶⁴¹.

B) Citazione ad un'udienza di discussione

- 379 In secondo luogo, il CPC prevede pure la possibilità per il giudice, ricevuta l'istanza, di citare le parti ad un'udienza di discussione. In tal caso il convenuto potrà formulare le proprie osservazioni all'istanza in occasione della citata udienza, dove le parti potranno pure replicare e duplicare oralmente⁶⁴².
- 380 Ove la parte convenuta, regolarmente citata, non compaia all'udienza, si applicano i meccanismi preclusivi come in caso di mancata presentazione di osservazioni scritte⁶⁴³ ed il giudice decide in base agli atti⁶⁴⁴. Analogamente, nel caso in cui l'istante non compaia, il giudice decide sulla base della sua domanda e delle eventuali osservazioni formulate all'udienza dalla parte convenuta⁶⁴⁵.
- 381 Nel caso in cui nessuna delle due parti compaia all'udienza si pone la questione a sapere se l'art. 234 cpv. 2 CPC torni applicabile anche alla procedura sommaria di assunzione di prove a titolo cautelare e la causa vada dunque stralciata. Dal mio punto di vista, non essendo per l'assunzione di prove a titolo cautelare obbligatoria la tenuta di un'udienza, il giudice deve procedere a giudizio in base agli atti e uno stralcio della causa non può entrare in linea di conto⁶⁴⁶.

C) Possibilità di formulare una domanda riconvenzionale?

- 382 Affrontata la questione del diritto della parte convenuta in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare di prendere posizione sull'iniziativa processuale avversaria, si pone ora la questione a sapere se la stessa convenuta

253 CPC.

⁶⁴⁰ Art. 221 cpv. 1 CPC, per quanto applicabile per analogia alla risposta; TAPPY, *CPC commenté*, n. 15 ad art. 222 CPC; WILLISEGGER, *BSK ZPO*, n. 9 segg. ad art. 222 CPC.

⁶⁴¹ Art. 222 cpv. 2 CPC, seconda frase.

⁶⁴² GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 14 ad art. 253 CPC; MAZAN, *BSK ZPO*, n. 18 ad art. 253 CPC.

⁶⁴³ MAZAN, *BSK ZPO*, n. 19 ad art. 253 CPC; BOHNET, *CPC commenté*, n. 7 d art. 256 CPC; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 25 ad art. 256 CPC.

⁶⁴⁴ Art. 234 cpv. 1 CPC, applicabile per effetto del rinvio di cui all'art. 219 CPC.

⁶⁴⁵ Art. 234 cpv. 1 CPC, applicabile per effetto del rinvio di cui all'art. 219 CPC.

⁶⁴⁶ In questo senso: BOHNET, *CPC commenté*, n. 8 ad art. 256 CPC; MAZAN, *BSK ZPO*, n. 19 ad art. 253 CPC.

possa, oltre ad esprimersi sulla domanda dell'istante, sollecitare a sua volta una determinata tutela giurisdizionale. Il tema è dunque quello della possibilità di proporre domanda riconvenzionale.

Il termine “domanda riconvenzionale” è tuttavia strettamente connesso al concetto di pretesa⁶⁴⁷. Difatti, ricorrendo a tale istituto, la parte convenuta fa valere una sua pretesa indipendente che esula dall'oggetto litigioso originariamente presentato dall'attore, che risulta di conseguenza esteso⁶⁴⁸. Tale denominazione non mi sembra dunque del tutto adeguata per definire una domanda del convenuto in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, che tende a sua volta ad ottenere l'amministrazione anticipata di determinati mezzi di prova. Già si è più volte detto che in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non si tratta di decidere sulle pretese di diritto materiale delle parti, bensì unicamente di assumere uno o più mezzi di prova⁶⁴⁹, ragione per cui nemmeno sussiste un oggetto litigioso in senso stretto, il quale dipende anche dalle pretese avanzate dalle parti in causa⁶⁵⁰. 383

Per tali ragioni, qui di seguito verrà utilizzato il termine contro istanza⁶⁵¹ per definire la domanda del convenuto che a sua volta postula l'assunzione anticipata di uno o più mezzi di prova, oppure che postula un'estensione del tema della prova richiesta dall'istante⁶⁵². Di contro, il termine domanda riconvenzionale sarà usato per definire una vera e propria pretesa fatta valere dal convenuto nell'ambito di un procedimento ex art. 158 CPC⁶⁵³. 384

a) *Contro istanza*

aa) *Proponibilità*

Nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, con le proprie osservazioni, la parte convenuta può chiedere a suo volta l'assunzione di determinati mezzi di prova, rispettivamente postulare un'estensione della fattispecie oggetto di prova, formulando per esempio delle domande peritali che 385

⁶⁴⁷ A cui il legislatore fa espresso riferimento all'art. 224 cpv. 1 CPC.

⁶⁴⁸ DTF 124 III 207, consid. 3a; DTF 123 III 35, consid. 3c; WILLISEGGER, *BSK ZPO*, n. 5 e 10 ad art. 224 CPC; LEUENBERGER, *Kommentar ZPO*, n. 1 ad art. 224 CPC; KILLIAS, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 224 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 14, n. 31.

⁶⁴⁹ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

⁶⁵⁰ Cfr. n. 125.

⁶⁵¹ Analogamente, per i provvedimenti cautelari: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 357 e nota 539.

⁶⁵² Cfr. n. 385 - 386.

⁶⁵³ Cfr. n. 392 - 395.

vanno oltre all'ambito oggetto della domanda avversaria⁶⁵⁴. Tale iniziativa processuale, che alcuni tribunali trattano nella forma della domanda riconvenzionale⁶⁵⁵, ma che in questa sede si preferisce qualificare quale contro istanza⁶⁵⁶, è certamente proponibile. Il convenuto dovrà tuttavia rendere verosimile, a sua volta, l'esistenza dei presupposti di cui all'art. 158 CPC per rapporto alla sua domanda⁶⁵⁷.

- 386 La situazione va tuttavia distinta⁶⁵⁸ dal caso in cui la parte convenuta si limiti, per esempio, a formulare al perito o a un teste delle domande complementari senza estensione del tema probatorio⁶⁵⁹. Tale facoltà dipende, infatti, dal diritto di partecipare all'assunzione della prova⁶⁶⁰ e non necessita, da un punto di vista formale, della presentazione di una contro istanza.

bb) Interesse degno di protezione del convenuto

- 387 Già si è detto che la parte convenuta che intende proporre una contro istanza è tenuta a rendere verosimile a sua volta l'adempimento dei presupposti di cui all'art. 158 CPC⁶⁶¹. Al riguardo mi sembra interessante chiedersi, con riferimento al presupposto dell'interesse degno di protezione, se il resistente debba allegare un suo interesse indipendente, oppure se un tale interesse esista quale semplice riverbero di quello dell'istante. In altri termini, la questione è quella a sapere se il fatto di essere coinvolto in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, finalizzata a valutare le prospettive processuali dell'istante, basti per far nascere un interesse degno di protezione in capo al convenuto, identificabile nella necessità pure di quest'ultimo di valutare le proprie prospettive processuali, riferite all'eventuale processo di merito.

⁶⁵⁴ MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 317; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 71; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 29 ad art. 158 CPC.

⁶⁵⁵ Cfr. HGer ZH, HE120087, del 21 dicembre 2012, pubblicata in ZR 112/2013, pag. 17; DOMEJ, *Hoffnung*, pagg. 85 e 90.

⁶⁵⁶ Cfr. infra n. 383 - 384.

⁶⁵⁷ DTF 140 III 16, consid. 2.2.3; TF 4A_32/2015, decisione del 20 maggio 2015, consid. 2.2.3; TF 4A_322/2012, decisione del 21 febbraio 2013, consid. 2.2.2; OGer ZH, LF120012, del 9 maggio 2012, consid. 3; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 26 ad art. 158 CPC; REETZ, *Verantwortung*, pag. 241; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 71.

⁶⁵⁸ Sulle potenziali problematiche di distinzione cfr. n. 618 - 621.

⁶⁵⁹ DTF 140 III 16, consid. 2.2.3, TF 4A_322/2012, decisione del 21 febbraio 2013, consid. 2.2.2; OGer ZH, LF120012, del 9 maggio 2012, consid. II.3; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 27a ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 6; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 29 ad art. 158 CPC.

⁶⁶⁰ Cfr. n. 460 segg.

⁶⁶¹ DTF 140 III 16, consid. 2.2.3; TF 4A_32/2015, decisione del 20 maggio 2015, consid. 2.2.3; TF 4A_322/2012, decisione del 21 febbraio 2013, consid. 2.2.2; OGer ZH, LF120012, del 9 maggio 2012, consid. II.3; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 26 ad art. 158 CPC; REETZ, *Verantwortung*, pag. 241.

Dal mio punto di vista, di principio, l'interesse degno di protezione del convenuto sussiste quale sorta di riverbero di quello allegato dall'istante. In altri termini, alla parte convenuta in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, dovrebbe essere riconosciuto un interesse degno di protezione proprio, che nasce quale conseguenza dell'iniziativa processuale dell'istante nella quale egli si trova forzatamente coinvolto. Difatti, laddove lo scopo del convenuto sia di procacciarsi dei mezzi probatori difensivi riferiti alla pretesa di merito affacciata dall'istante, il suo interesse degno di protezione è riconducibile alla necessità di valutare le proprie prospettive processuali, da un punto di vista difensivo, con riferimento a quella stessa pretesa affacciata dall'istante. In altre parole, basterà, dal mio punto di vista, che il convenuto, nella sua contro istanza, si riallacci alle allegazioni dell'istante ed alla pretesa di merito soggiacente da questi affacciata, il suo interesse degno di protezione, ravvisabile nella necessità di valutare le proprie prospettive processuali difensive con riferimento a quella pretesa, essendo un logico riverbero dell'interesse allegato dall'istante a valutare le chances che la medesima possa invece essere imposta in un eventuale processo di merito⁶⁶².

A titolo di esempio, si pensi a quel convenuto in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, nel cui ambito l'istante chiede di amministrare una perizia volta a determinare le sequele fisiche di un incidente stradale di cui è stato vittima. Laddove il convenuto intenda estendere il tema della perizia pure all'esistenza di un nesso causale naturale tra le patologie lamentate dall'istante e l'incidente occorso, il suo interesse degno di protezione altro non sarà che un riverbero, in ottica difensiva, dell'interesse dell'istante a valutare le sue prospettive processuali con riferimento alla pretesa di merito affacciata, in specie una pretesa di risarcimento danni.

Da tale costellazione va tuttavia chiaramente escluso il caso in cui la contro istanza del convenuto non sia funzionale al procacciarsi del materiale probatorio in ottica difensiva, bensì miri a chiarire le prospettive processuali riferite a delle pretese indipendenti da quelle affacciate dall'istante. Pretese che potranno poi essere fatte valere dal convenuto con un'iniziativa processuale autonoma o, eventualmente, nell'ambito di una domanda riconvenzionale introdotta nella procedura principale avviata dall'istante. In questo caso, l'interesse degno di protezione del convenuto è indipendente da quello dell'istante, ragione per cui egli dovrà motivare in modo circostanziato il medesimo, un riferimento all'interesse dell'istante non bastando.

⁶⁶² Analogamente: SCHMID, *Gesuchsgegner*, pag. 627, secondo il quale: *“Es sollte jedoch genügen, wenn der Gesuchsgegner ein schutzwürdiges Interesse daran hat, seinen eigenen Standpunkt bereits im Stadium der vorsorglichen Beweisführung beweiskräftig feststellen zu lassen, wenn er den vom Gesuchsteller präsentierten Sachverhalt bestreitet und abweichende Behauptungen in das Verfahren einführt...”*.

- 391 A titolo di esempio, si pensi a quel datore di lavoro che - coinvolto in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, avviata dal suo ex dipendente e finalizzata a valutare le possibilità di esito favorevole di una eventuale causa di merito per il pagamento di ore straordinarie e vacanze non godute - chiede a sua volta, con una propria contro istanza, una certa amministrazione probatoria, con lo scopo di chiarire le prospettive processuali riferite ad una sua pretesa creditoria per asseriti danni causatigli dal dipendente. In questo caso il suo interesse degno di protezione non è il diretto riverbero di quello dell'istante e non è direttamente connesso alla pretesa di diritto materiale da questi affacciata ed alla difesa dalla medesima, ma abbraccia invero una tematica più ampia. Per tali ragioni il convenuto dovrà quindi dimostrare autonomamente la sussistenza di un suo interesse degno di protezione, il quale non deriva direttamente, o perlomeno non si esaurisce, nella necessità di difendersi, procacciandosi del materiale probatorio idoneo, dalle pretese affacciate dall'istante.

b) Domanda riconvenzionale

- 392 Da un punto di vista generale, la parte convenuta in una procedura sommaria ha la possibilità di formulare una domanda riconvenzionale⁶⁶³, a condizione che la pretesa addotta sia giudicabile secondo la medesima procedura⁶⁶⁴. La procedura di assunzione di prove a titolo cautelare presenta tuttavia delle specificità che la distinguono dalle altre procedure rette dal rito sommario, in primo luogo poiché in quella sede, come più volte ricordato⁶⁶⁵, il giudice si limita all'assunzione di uno o più mezzi di prova, ad esclusione di giudizio sulle pretese derivanti dal diritto materiale affacciate. È dunque lecito chiedersi se - impregiudicata la facoltà di presentare una contro istanza, di cui già si è detto⁶⁶⁶ - in una simile procedura sia possibile presentare una vera e propria domanda riconvenzionale, per esempio chiedendo la condanna dell'istante al pagamento di una somma in denaro o l'accertamento di un determinato rapporto giuridico, con lo strumento della tutela giurisdizionale nei casi manifesti⁶⁶⁷, oppure postulando il rigetto provvisorio o definitivo dell'opposizione interposta ad un precetto esecutivo.
- 393 Dal mio punto di vista la risposta deve essere negativa. Questo perché, nella valutazione del presupposto dell'identità di procedura⁶⁶⁸, non ci si dovrebbe limitare a una valutazione del tipo di processo introdotto⁶⁶⁹, ma piuttosto tenere

⁶⁶³ MAZAN, *BSK ZPO*, n. 20 ad art. 253 CPC; KLINGLER, *Kommentar ZPO*, n. 24 ad art. 252 CPC; KAUFMANN, *ZPO Kommentar*, n. 33 ad art. 253 CPC.

⁶⁶⁴ Art. 224 cpv. 1 CPC, applicabile per effetto del rinvio di cui all'art. 219 CPC.

⁶⁶⁵ Cfr. da ultimo n. 383.

⁶⁶⁶ Cfr. n. 385.

⁶⁶⁷ Art. 257 CPC.

⁶⁶⁸ Art. 224 cpv. 1 CPC.

⁶⁶⁹ Ordinario, semplificato o sommario.

in considerazione le peculiarità delle due opposte domande di tutela giurisdizionale e dunque delle specificità della procedura con cui queste devono essere evase⁶⁷⁰. Trattandosi, nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, unicamente di amministrare anticipatamente uno o più mezzi di prova, una domanda riconvenzionale che imponga al giudice di giudicare, nel merito o se del caso in verosimiglianza, su diritti e doveri delle parti sgorganti dal diritto materiale mi sembra pertanto esclusa, la condizione della medesima tipologia di procedura non essendo adempiuta. L'art. 224 CPC si fonda peraltro su di una logica d'imposizione di diritti soggettivi e, in tal senso, nel testo legale si menziona la pretesa⁶⁷¹ della parte convenuta, la quale si concretizza in un'azione indipendente, sia questa di natura condannatoria, costitutiva o di accertamento⁶⁷². Logica che invece sfugge integralmente alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, laddove le pretese delle parti sono unicamente affacciate nell'ottica di dimostrare l'adempimento dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC.

Al riguardo, l'esempio evocato sopra, del convenuto che postula in via riconvenzionale la condanna dell'istante al pagamento di una somma in denaro, mi sembra particolarmente sintomatico delle profonde differenze tra una tale richiesta di tutela giurisdizionale e la mera assunzione anticipata di mezzi di prova. Per tacere poi che una simile domanda riconvenzionale avrebbe quale potenziale conseguenza di rallentare in modo importante il processo di assunzione di prove a titolo cautelare, appesantendolo inutilmente. Ciò è finanche contrario allo scopo per cui il legislatore ha deciso di concedere, a determinate condizioni, la possibilità di formulare domanda riconvenzionale, tale istituto giustificandosi, in primo luogo, per motivi di economia processuale⁶⁷³. 394

Alla luce di quanto esposto, secondo l'opinione qui sostenuta e fatta salva la possibilità per il convenuto di presentare una contro istanza⁶⁷⁴, una domanda riconvenzionale va di principio esclusa nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. Ci si volesse però attenere unicamente al testo legale dell'art. 224 cpv. 1 CPC, limitandosi a una mera analisi della tipologia di procedura e ammettendo dunque una domanda riconvenzionale giudicabile secondo il rito sommario, una disgiunzione della medesima sarebbe, dal mio punto di vista, 395

⁶⁷⁰ In tal senso: KILLIAS, *BK ZPO*, n. 24 ad art. 224 CPC; *contra*: WILLISEGGER, *BSK ZPO*, n. 42 ad art. 224 CPC; TAPPY, *CPC commenté*, n. 15 ad art. 224 CPC; RAPOLD/FERRARI-VISCA, *Widerklage*, pag. 390.

⁶⁷¹ *Anspruch, prétention*.

⁶⁷² LEUENBERGER, *Kommentar ZPO*, n. 1 ad art. 224 CPC; WILLISEGGER, *BSK ZPO*, n. 10 ad art. 224 CPC.

⁶⁷³ RAPOLD/FERRARI-VISCA, *Widerklage*, pag. 388; KILLIAS, *BK ZPO*, n. 2 ad art. 224 CPC.

⁶⁷⁴ Cfr. n. 385.

praticamente in ogni caso giustificata⁶⁷⁵. Questo per i medesi motivi già dianzi evocati, ovvero le importanti specificità del procedimento di assunzione di prove a titolo cautelare ed il rischio di rallentamento della procedura.

D) Eccezione di compensazione

- 396 Per quanto attiene all'eccezione di compensazione, vige il principio secondo il quale il giudice dell'azione è anche quello dell'eccezione⁶⁷⁶, secondo la logica per cui azione ed eccezione sono due aspetti interdipendenti del medesimo processo⁶⁷⁷. In materia di assunzione di prove a titolo cautelare, la tematica risulta tuttavia priva di interesse, ritenuto come in un simile processo il giudice si limiti ad una determinata attività istruttoria anticipata⁶⁷⁸, ragione per cui nemmeno esiste una vera e propria azione a cui il convenuto possa opporre un'eccezione.

4. Coinvolgimento di terzi nella procedura

- 397 Analizzata la posizione processuale del convenuto, appare interessante chiedersi se e con quali strumenti dei terzi possano essere coinvolti nella procedura. Il tema è in particolare quello della possibilità per un terzo di intervenire nella lite a titolo adesivo, rispettivamente di una parte, classicamente il convenuto, di denunciare la lite ad un terzo. Di contro una chiamata in causa⁶⁷⁹ è esclusa, oltre che a ragione del carattere sommario della procedura⁶⁸⁰, anche per la ragione che in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare il giudice non si determina su diritti e doveri delle parti sgorganti dal diritto materiale, ma deve invece limitare il suo intervento all'assunzione anticipata di uno o più mezzi di prova, cosicché lo strumento in questione, in assenza di pretese di merito in discussione, perde ogni portata⁶⁸¹.

A) Intervento adesivo

- 398 Giusta l'art. 74 CPC, chi rende verosimile un interesse giuridico a che una controversia pendente venga decisa a favore dell'una o dell'altra parte, può in ogni tempo intervenire nel processo a titolo adesivo e a tal fine farne istanza al giudice. A mente della dottrina maggioritaria un intervento adesivo è possibile

⁶⁷⁵ Art. 125 lett. d CPC; KILLIAS, *BK ZPO*, n. 60 ad art. 224 CPC; LEUENBERGER, *Kommentar ZPO*, n. 26 ad art. 224 CPC; RAPOLD/FERRARI-VISCA, *Widerklage*, pagg. 391 e 392.

⁶⁷⁶ DTF 132 I 134, consid. 2.3; DTF 124 III 207, consid. 3b/bb.

⁶⁷⁷ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 527.

⁶⁷⁸ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

⁶⁷⁹ Art. 81 CPC.

⁶⁸⁰ Art. 81 cpv. 3 CPC; HEINZMANN/DEMIERRE, *Intervention d'un tiers*, pag. 158.

⁶⁸¹ HEINZMANN/DEMIERRE, *Intervention d'un tiers*, pag. 158.

pure in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare ex art. 158 CPC⁶⁸². Tale possibilità è stata pure confermata dal Tribunale federale, il quale ha indicato come sia sufficiente che il terzo che intende intervenire renda verosimile un suo potenziale intervento nel futuro processo principale a cui l'assunzione di prove a titolo cautelare è funzionale e dunque un suo interesse a partecipare all'amministrazione anticipata di prove che potranno essere utilizzate in quel contesto⁶⁸³.

Al riguardo mi sembra importante sottolineare come un intervento adesivo già 399
allo stadio della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non solo sia possibile, ma in alcuni casi finanche preferibile. Questo, oltre che per garantire il diritto di essere sentito e di partecipare all'amministrazione delle prove al terzo, anche per garantire piena effettività all'intervento adesivo, che rischierebbe in caso contrario di essere frustrato dalla mancata partecipazione all'assunzione di uno o più mezzi di prova che potrebbero essere anche determinanti nell'ottica del giudizio nella futura procedura di merito⁶⁸⁴. La problematica mi sembra particolarmente acuta laddove si è confrontati con mezzi di prova che minacciano di scomparire, per cui una loro riassunzione nel processo di merito ne risulta fortemente a rischio.

B) Semplice denuncia di lite

A mente dell'art. 78 CPC, ogni parte che intenda rivalersi su un terzo o ne tema 400
la rivalsa in caso di soccombenza nel processo può denunciargli la lite ingiungendogli di assisterla nel processo. Anche in questo caso la dottrina maggioritaria ammette - correttamente - la possibilità di operare una semplice denuncia di lite già allo stadio della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare⁶⁸⁵. Con riferimento all'opportunità di procedere già a questo stadio della procedura ad una semplice denuncia di lite vale integralmente quanto esposto con riferimento all'intervento adesivo⁶⁸⁶.

⁶⁸² TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 287; ZUBER/GROSS, *BK ZPO*, n. 17 ad art. 74 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 13, n. 56; GRABER/FREI, *BSK ZPO*, n. 17 ad art. 74 CPC; HALDY, *CPC commenté*, n. 6 ad art. 74 CPC; STAEHELIN/SCHWEIZER, *Kommentar ZPO*, n. 14 ad art. 74 CPC; DOMEJ, *KuKomm ZPO*, n. 3 ad art. 74 CPC.

⁶⁸³ DTF 142 III 40, consid. 3.2.2.

⁶⁸⁴ Art. 77 CPC; ZUBER/GROSS, *BK ZPO*, n. 17 ad art. 74 CPC.

⁶⁸⁵ ZUBER/GROSS, *BK ZPO*, n. 15 ad art. 78 CPC; DOMEJ, *KuKomm ZPO*, n. 6 ad art. 78 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 13, n. 65 e 66; TAKEI, *Kommentar ZPO*, n. 12 ad art. 78 CPC; FREI, *BSK ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; HEINZMANN/DEMIERRE, *Intervention d'un tiers*, pag. 158; *contra*: TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 300.

⁶⁸⁶ Cfr. n. 399; artt. 77 e 80 CPC; ZUBER/GROSS, *BK ZPO*, n. 15 ad art. 78 CPC; TAKEI, *Kommentar ZPO*, n. 12 ad art. 78 CPC.

5. Mezzi di prova ammissibili per la dimostrazione dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC

- 401 In una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare torna applicabile pienamente il principio della limitazione dei mezzi di prova, classico della procedura sommaria⁶⁸⁷. Il principio è dunque quello sancito dall'art. 254 cpv. 1 CPC, secondo il quale la prova deve essere adottata mediante documenti. Tale limitazione si applica chiaramente soltanto alle prove con cui va reso verosimile l'adempimento delle condizioni di applicazione dell'art. 158 CPC - ossia i presupposti materiali della norma - e non ai mezzi di prova di cui è possibile postulare l'assunzione in via cautelare⁶⁸⁸, sui quali si tornerà oltre, in una parte successiva del presente lavoro⁶⁸⁹.
- 402 La limitazione alla prova documentale, intesa quale supporto documentale nella logica dell'art. 177 CPC, è certamente giustificata dalla natura della procedura, nella quale il richiedente deve rendere solo verosimile, senza dover apportare dunque una prova piena, che una delle condizioni che permette l'assunzione anticipata di prove è adempiuta⁶⁹⁰.
- 403 Una tale prova documentale potrà essere prodotta nel procedimento di assunzione di prove a titolo cautelare sostanzialmente con due diverse modalità. L'istante potrà in primo luogo accludere alla propria domanda la documentazione a sua disposizione che concorre a rendere verosimile l'adempimento dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC⁶⁹¹. Così il richiedente potrà per esempio allegare alla propria istanza una perizia di parte o del materiale fotografico, da cui emerge il rischio di crollo imminente di un'immobile che si chiede venga peritato da un esperto nominato dal giudice. In secondo luogo, una tale prova documentale potrà essere importata nel processo mediante il richiamo da un'altra procedura. Il caso è per esempio quello dove una parte ottiene in un primo tempo un provvedimento cautelare, con cui viene ordinato alla controparte il deposito in tribunale di un archivio elettronico e, in un secondo tempo, postula l'assunzione di una perizia a titolo cautelare per determinare il contenuto di quell'archivio, chiedendo al giudice il richiamo di quella prova nella procedura ex art. 158 CPC. Oppure ancora della parte che è vittima di un incidente della circolazione e postula l'assunzione di una perizia a titolo cautelare sulle relative sequele fisiche, chiedendo nel contempo il richiamo dell'incartamento penale relativo all'incidente.

⁶⁸⁷ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 4.

⁶⁸⁸ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 4.

⁶⁸⁹ Cfr. n. 498 segg.

⁶⁹⁰ BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 6; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 21 ad art. 158 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1030 e 1056.

⁶⁹¹ Art. 180 CPC.

Riassumendo quanto esposto, dal mio punto di vista, va dunque di principio esclusa la possibilità, in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, di far capo a prove che esulano dalla mera prova documentale, nei termini dianzi descritti. In particolare non mi sembra che la tipologia e lo scopo della procedura richiedano un'ammissione di ulteriori mezzi di prova⁶⁹², ritenuto che il giudice si limita in questa sede a decidere della possibilità o meno di amministrare anticipatamente un mezzo di prova, senza invece esprimersi su diritti o doveri delle parti⁶⁹³. 404

6. Accertamento dei fatti, vincolatività delle conclusioni delle parti e applicazione d'ufficio del diritto

A) Massima attitatoria

Non rientrando la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare nelle eccezioni di cui all'art. 255 CPC, alla stessa torna applicabile la massima attitatoria, la quale caratterizza pure il rito sommario⁶⁹⁴. 405

Le parti devono dunque dedurre in giudizio i fatti su cui poggiano le loro domande e indicare i mezzi di prova⁶⁹⁵. In una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare l'onere di indicare i fatti su cui poggia la propria richiesta incombe dunque al richiedente⁶⁹⁶, il giudice non essendo tenuto a procedere ad un'indagine d'ufficio. 406

Quanto all'onere di indicare i mezzi di prova, questo si esaurirà di principio nell'accludere alla domanda tutti i documenti giustificativi di cui si è in possesso, rispettivamente indicare quelli di cui è chiesto il richiamo, come visto in precedenza⁶⁹⁷ la procedura sommaria essendo di norma un processo meramente documentale⁶⁹⁸. 407

⁶⁹² Cfr. art. 254 cpv. 2 lett. b CPC.

⁶⁹³ Per una limitazione alla prova documentale nelle procedure cautelari cfr. GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 8 ad art. 254 CPC; correttamente BOHNET rileva come altri mezzi di prova siano in particolare giustificati nei casi in cui il giudice, in esito alla procedura, giunga ad un giudizio definitivo (BOHNET, *Procédure sommaire*, pagg. 272 e 273), ciò che non è pacificamente il caso dell'art. 158 CPC.

⁶⁹⁴ GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 255 CPC; MAZAN, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 255 CPC; BOHNET, *CPC commenté*, n. 2 ad art. 255 CPC.

⁶⁹⁵ Art. 55 cpv. 1 CPC, il quale, in modo infelice, si riferisce al principio dispositivo ma tratta invero della massima attitatoria.

⁶⁹⁶ HURNI, *BK ZPO*, n. 12 ad art. 55 CPC; GEHRI, *BSK ZPO*, n. 3 ad art. 55 CPC; SUTTER-SOMM/SCHRANK, *Kommentar ZPO*, n. 20 segg. ad art. 55 CPC; HALDY, *CPC commenté*, n. 3 ad art. 55 CPC.

⁶⁹⁷ Cfr. n. 401 - 404.

⁶⁹⁸ *Aktenprozess*.

- 408 Dal canto suo, la parte che si oppone all'assunzione anticipata delle prove, è gravata dall'onere di contestare i fatti dedotti in giudizio dal richiedente⁶⁹⁹.

B) Massima dispositiva

- 409 Di principio, anche in procedura sommaria, torna applicabile la massima dispositiva⁷⁰⁰. Il giudice è dunque vincolato dalla domanda di giudizio contenuta nell'istanza⁷⁰¹. Tuttavia, in materia di provvedimenti cautelari, una parte della dottrina ritiene che il giudice non sia rigorosamente vincolato ad un'applicazione della massima dispositiva, ovvero che non debba fossilizzarsi sulle richieste di giudizio formulate nella domanda, concentrandosi piuttosto sullo scopo che il richiedente intende raggiungere⁷⁰² e sulla tutela provvisoria di cui questi abbisogna⁷⁰³. In ambito cautelare, fatte salve le richieste di omettere⁷⁰⁴, in presenza di *petita* strutturati il giudice può dunque andare oltre, ordinando la misura che secondo la sua latitudine di giudizio è più indicata a garantire la tutela provvisoria postulata dall'istante⁷⁰⁵. Occorre ora domandarsi se un tale regime di elasticità trovi applicazione anche in materia di assunzione di prove a titolo cautelare, oppure se in quest'ambito il giudice sia vincolato in modo rigoroso alla domanda di giudizio contenuta nell'istanza.
- 410 Dal mio punto di vista, un'applicazione del regime valido per i provvedimenti cautelari deve entrare in linea di conto laddove la parte che sollecita l'assunzione di prove a titolo cautelare allega un rischio di scomparsa del mezzo di prova. In tal caso, lo strumento in esame si avvicina, infatti, concettualmente al provvedimento cautelare classico, nella misura in cui postulata è l'assicurazione di un determinato mezzo di prova o l'accertamento di uno stato di fatto suscettibile di modificarsi. Mi sembra dunque giustificato che il giudice, al di là delle domande dell'istante, tenga in considerazione la necessità di tutela provvisoria di quest'ultimo⁷⁰⁶ e lo scopo finale da questi ricercato⁷⁰⁷. In altri termini, il giudice non è vincolato a una puntuale richiesta di giudizio che non

⁶⁹⁹ HURNI, *BK ZPO*, n. 37 ad art. 55 CPC; GEHRI, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 55 CPC; SUTTER-SOMM/SCHRANK, *Kommentar ZPO*, n. 23 segg. ad art. 55 CPC.

⁷⁰⁰ HURNI, *BK ZPO*, n. 6 ad art. 58 CPC.

⁷⁰¹ Art. 58 cpv. 1 CPC.

⁷⁰² *Rechtsschutzziel*.

⁷⁰³ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 450 - 454; BERTI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 218; SPRECHER, *BSK ZPO*, n. 4 e 8 ad art. 261 CPC; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 51 e 52 ad art. 262 CPC.

⁷⁰⁴ DTF 131 III 70, consid.3.3; TF 4A_467/2015, decisione del 13 gennaio 2016, consid. 1.4; TF 4A_611/2011, decisione del 3 gennaio 2012, consid. 3; TF 4A_460/2011, decisione del 20 dicembre 2011, consi. 2.2.

⁷⁰⁵ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 460; BERTI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 219.

⁷⁰⁶ *Rechtsschutzbedürfnis*.

⁷⁰⁷ *Rechtsschutzziel*.

esprime in modo adeguato lo scopo di tutela ricercato dall'istante, potendo invece modulare l'assunzione della prova a dipendenza dell'effettivo bisogno di tutela. Nonostante tale latitudine d'intervento del giudice, l'istante non può tuttavia accontentarsi di presentare una domanda generica e lacunosa, bensì è tenuto ad indicare in modo chiaro lo scopo della tutela richiesta⁷⁰⁸. È altresì chiaro che, prima di emanare una decisione in cui fa uso della descritta latitudine d'intervento, il giudice deve garantire alla controparte il diritto di essere sentita, evitando di adottare un provvedimento che abbraccia degli aspetti non esplicitamente oggetto dei *petita* dell'istante, in spregio dei diritti di difesa della parte convenuta⁷⁰⁹.

Di contro, un'applicazione del regime sopra descritto non mi sembra giustificata laddove l'istante allega un interesse degno di protezione, ovvero la necessità di valutare le proprie prospettive processuali. Difatti, in questo caso, la tutela giurisdizionale richiesta si distingue in modo importante da quella classica dei provvedimenti cautelari e dipende dal deficit probatorio o d'informazioni che il precedente intende colmare. Un intervento del giudice più ampio di quello postulato dall'istante non mi sembra dunque opportuno e necessario. Tanto più che i motivi soggiacenti alla latitudine d'intervento lasciata al giudice - ovvero, in particolare, l'impossibilità d'inquadrare a priori il provvedimento adeguato e necessario per soddisfare il bisogno di tutela provvisoria dell'istante⁷¹⁰ - non sono in questo caso dati. Ne viene che, secondo l'opinione qui sostenuta, in caso di assunzione di prove a titolo cautelare ex art. 158 cpv. 1 lett. b seconda ipotesi CPC, nulla permette di distanziarsi dalla puntuale richiesta di giudizio dell'istante, l'art. 58 CPC tornando qui pienamente applicabile. Il giudice non potrà dunque ordinare l'assunzione di prove non richieste dalle parti, rispettivamente estendere di propria iniziativa l'oggetto ed il tema probatorio. 411

La vincolatività della richiesta dell'istante non va tuttavia confusa con la possibilità del giudice, pur rispettando il tema probatorio scaturente dalla domanda di causa, di modulare l'assunzione della prova, decidendo per esempio sull'ammissibilità o la necessità di riformulazione delle domande peritali⁷¹¹ o delle domande da porre alle parti o ai testi escussi. Dalla costellazione descritta va infine, dal mio punto di vista, distinto pure il caso in cui il giudice adatti l'assunzione probatoria richiesta per tenere conto di particolari specificità del caso concreto. Il tema è di particolare attualità in quelle procedure che si rivelano di carattere altamente tecnico, per esempio in materia informatica. A 412

⁷⁰⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 454; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 52 ad art. 262 CPC.

⁷⁰⁹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 454.

⁷¹⁰ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 453.

⁷¹¹ DTF 140 III 24, consid. 3.3.4; DTF 140 III 16, consid. 2.2.3; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1074; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 30a ad art. 158 CPC; HURNI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 89.

titolo di esempio, ritengo ammissibile che, il giudice cui è chiesta l'ispezione di un server informatico, possa fare capo ad un esperto del settore, quale suo ausiliario tecnico, al fine di poter procedere correttamente all'accertamento del contenuto del medesimo. In questo caso al richiedente non viene, infatti, concesso più di quanto richiesto, bensì semplicemente il giudice farà capo alle conoscenze di un terzo, all'infuori del contesto peritale, per supportarlo nell'accertamento richiesto, il quale sfugge alle sue conoscenze e capacità.

C) *Iura novit curia*

- 413 Quanto esposto ai punti precedenti in merito alla massima attitatoria ed a quella dispositiva non va confuso con il principio secondo cui il giudice deve applicare d'ufficio il diritto⁷¹², tra cui anche quello procedurale⁷¹³. In altri termini si tratta di distinguere le questioni di fatto da quelle di diritto⁷¹⁴.
- 414 Tale aspetto assume una particolare rilevanza in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, poiché in tale ambito il giudice deve analizzare d'ufficio se i presupposti dell'art. 158 CPC siano adempiuti o meno, ovvero se siano date le condizioni per poter assumere una prova a titolo cautelare⁷¹⁵. L'adempimento delle condizioni previste dall'art. 158 CPC assurge dunque a questione di diritto e meglio dipende dall'applicazione del diritto procedurale, il quale concede in alcuni casi la possibilità di assumere delle prove anticipatamente rispetto al momento normalmente adibito all'istruttoria di causa.
- 415 Da quanto precede, ne deriva che il giudice non è vincolato alla presa di posizione della parte convenuta. In altri termini, anche ove il resistente non si opponga all'assunzione di prove a titolo cautelare, il giudice deve comunque esaminare se siano date le condizioni per un'assunzione di prove a titolo cautelare e, se del caso, procedere in tal senso⁷¹⁶.
- 416 Ciò esclude, dal mio punto di vista, la possibilità di un accordo processuale delle parti inteso ad anticipare l'assunzione di un mezzo di prova ad una fase del processo non normalmente adibita a tale esercizio⁷¹⁷. Ammettere il contrario equivarrebbe, infatti, a minare lo strumento codificato all'art. 158 CPC nella sua stessa logica ed essenza.
- 417 Se un accordo processuale tra le parti tendente a modificare od estendere il campo d'applicazione dell'art. 158 CPC è escluso, questo ancora non sta a

⁷¹² Art. 57 CPC.

⁷¹³ GEHRI, *BSK ZPO*, n. 8 ad art. 57 CPC; OBERHAMMER, *KuKomm ZPO*, n. 2 ad art. 57 CPC.

⁷¹⁴ SUTTER-SOMM/SCHRANK, *Kommentar ZPO*, n. 32 segg. ad art. 55 CPC; GEHRI, *BSK ZPO*, n. 6 ad art. 55 CPC.

⁷¹⁵ DTF 140 III 30, consid. 3.4.1.

⁷¹⁶ DTF 140 III 30, consid. 3.4.1; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1061.

⁷¹⁷ Sul tema cfr. anche infra n. 152 - 155.

significare che queste ultime non possano concludere degli accordi processuali puntuali portanti su aspetti che non vadano a toccare lo strumento in esame nella sua sostanza. In particolare, mi sembra del tutto ammissibile che le parti si accordino sulle modalità di assunzione del o dei mezzi di prova⁷¹⁸, concordando per esempio le modalità di interrogatorio dei testimoni o delle parti stesse⁷¹⁹, oppure prevedendo che, contrariamente alla regola generalmente applicabile in materia di assunzione di prove a titolo cautelare⁷²⁰, le domande peritali vengano formulate in modo congiunto. Questa tipologia di accordo sulle prove è, infatti, di principio ammissibile, a condizione, in particolare, che il medesimo non urti con il principio dell'economia processuale, comportando un'esplosione di tempistiche e costi, oppure costituisca un impegno eccessivo ai sensi dell'art. 27 CC⁷²¹.

Un accordo sulle prove nel quadro di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare dovrebbe tuttavia, dal mio punto di vista, limitarsi strettamente alle modalità di assunzione del o dei mezzi di prova in questione, mentre un'estensione della tematica probatoria è da escludere. Al riguardo si è, infatti, già detto che l'ampiezza e la tematica dell'assunzione probatoria dipendono dalle motivazioni addotte dal richiedente a sostegno della propria domanda di tutela giurisdizionale. In particolare, ove la domanda si fondi sulla messa in pericolo del mezzo di prova, la tematica probatoria sarà confinata a quei temi che effettivamente necessitano un celere accertamento, ad esclusione di questioni che possono essere istruite nell'eventuale processo di merito⁷²². Parimenti, l'assunzione di un mezzo di prova giustificato dalla necessità di valutare le proprie prospettive processuali sarà orientata dalla pretesa di diritto materiale affacciata dall'istante, che ne costituirà tuttavia anche il limite tematico⁷²³. Detto ciò, ben si comprende come ammettere un'estensione della tematica e dell'ampiezza probatoria per accordo tra le parti permetterebbe di ottenere un'applicazione più ampia dell'art. 158 CPC e questo in assenza, perlomeno dal punto di vista dell'allegazione, di un diritto ad un'assunzione di prove di quella portata. In altri termini, le parti potrebbero così aggirare il principio per cui il legislatore ha previsto un diritto ad una certa attività istruttoria del giudice solo in caso di adempimento di precise condizioni, le quali appunto devono essere esaminate d'ufficio dal giudicante.

⁷¹⁸ Ciò che costituisce un c.d. *Beweismittelvertrag*: cfr. PELLI, *Beweisverträge*, pagg. 9 e 10; WALTER, *BK ZGB*, n. 645 e 646 ad art. 8 CC; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 7.10.

⁷¹⁹ PELLI, *Beweisverträge*, pag. 10.

⁷²⁰ Cfr. n. 533 - 535.

⁷²¹ PELLI, *Beweisverträge*, pagg. 181 e 193; SCHWANDER, *Einflussnahme*, pag. 376; TREZZINI, *Comm. CPC*, pagg. 149 e 150; SCHLUMPF, *Parteibefugnisse*, pagg. 106 segg.; WALTER, *BK ZGB*, n. 647 ad art. 8 CC; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 7.11.

⁷²² Cfr. infra n. 178 - 179.

⁷²³ Cfr. n. 149.

VII. Possibilità di ordinare provvedimenti superprovvisori

1. In generale

- 419 Come indicato in precedenza⁷²⁴, anche in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, alla parte convenuta va di principio garantito il diritto di essere sentita. Si pone tuttavia la questione a sapere se il giudice, ricevuta la domanda dell'istante, possa, in casi giustificati, procedere all'emanazione di una decisione superprovvisoria. In altri termini, occorre determinare se l'art. 265 CPC trovi applicazione anche alla procedura in narrativa.
- 420 Al riguardo occorre in primo luogo rilevare come, in materia di assunzione di prove a titolo cautelare, la tematica del provvedimento supercautelare si riferisca unicamente alla possibilità di concessione, rispettivamente di diniego, di un provvedimento *ex parte* ai sensi dell'art. 265 cpv. 1 CPC⁷²⁵. Difatti, non dovendo amministrare particolari mezzi di prova per determinare l'adempimento delle condizioni materiali dell'art. 158 CPC⁷²⁶, il giudice, una volta sentite le parti oralmente o per iscritto, potrà procedere direttamente all'emanazione della decisione di assunzione di prove a titolo cautelare che ammette o nega l'amministrazione probatoria postulata. In tali circostanze, l'emanazione di provvedimenti supercautelari *inter partes*, anche chiamate decisioni cautelari intermedie⁷²⁷, non dovrebbe entrare in linea di conto, il giudice, sentite le parti, dovendo appunto procedere direttamente all'emanazione della decisione cautelare finale.
- 421 Chiarito quanto precede, giova osservare che la dottrina maggioritaria ammette la possibilità di ordinare l'assunzione di mezzi di prova già in via supercautelare, per quei casi in cui la fattispecie si caratterizzi per una particolare urgenza, rispettivamente ove vi sia un rischio di distruzione della prova da parte della controparte⁷²⁸.

⁷²⁴ Cfr. n. 371.

⁷²⁵ Sul tema: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1352 e 1353; BERTI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 220.

⁷²⁶ Cfr. n. 401 - 404.

⁷²⁷ Sul tema: DTF 139 III 86, consid. 1.1.2, TF 4A_160/2013, decisione del 21 agosto 2013, consid. 2.1; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1353 e 1422 segg.

⁷²⁸ BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pagg. 5 e 6; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 4; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pagg. 104 e 105; PASSADELIS, *ZPO*, n. 8 ad art. 158 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 9 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 143; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 25 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1064 e 1065; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1488.

Altri autori rilevano come l'assunzione di una prova in via superprovvisoria sarebbe esclusa nel caso in cui la stessa mirasse a chiarire le possibilità di esito favorevole di un futuro processo e vi sarebbe un rischio di eliminazione di tale prova ad opera della controparte⁷²⁹. Tali autori sostengono che in un tal caso, nel processo di merito, l'attore godrà del vantaggio dettato dal fatto che il giudice potrà tenere conto del contegno della controparte nell'apprezzamento delle prove⁷³⁰, ciò che garantisce già in modo sufficiente i suoi interessi.

Dal mio punto di vista, come rileva rettamente SCHWEIZER⁷³¹, la soluzione proposta dalla dottrina minoritaria succitata non è soddisfacente. Per la parte gravata dall'onere della prova nella procedura di merito sarà, infatti, spesso difficile, se non impossibile, provare che il mezzo di prova è stato effettivamente eliminato dalla controparte, la quale potrà sostenere che lo stesso non è mai esistito. Si pensi per esempio a della documentazione che il richiedente sostiene trovarsi nelle mani della controparte, la quale, in assenza di decisione superprovvisoria, mirata perlomeno alla conservazione del mezzo di prova, procede ad una distruzione della stessa oppure alla situazione in cui dei dati informatici vengano cancellati in modo permanente. La prova *ex post* dell'esistenza di tali atti e dati e della loro volontaria eliminazione sarà spesso ben poco agevole.

Riassumendo quanto esposto, è dunque giustificato ritenere che, ove la parte interessata renda verosimile l'esistenza di un pregiudizio difficilmente riparabile in assenza di decisione superprovvisoria - quale per esempio una particolare urgenza (si pensi ad un edificio che minaccia un crollo imminente o a un teste in punto di morte), oppure il rischio che la controparte annienti il mezzo di prova - il giudice provveda all'assunzione della prova prescindendo da una preventiva presa di posizione della controparte⁷³².

Resta inteso che alla controparte va comunque di principio garantito il diritto di partecipare all'assunzione del mezzo di prova, conformemente all'art. 155 cpv. 3 CPC⁷³³.

⁷²⁹ GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkommentar*, n. 6 ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 946.

⁷³⁰ Art. 164 CPC.

⁷³¹ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 4.

⁷³² Così anche: DTF 142 III 40, consid. 3.1.2.

⁷³³ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1066; PASSADELIS, *ZPO*, n. 8 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 6; STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 38.

2. Necessità di coinvolgimento successivo della controparte

- 426 Nel caso in cui l'assunzione di un mezzo di prova si giustificasse già in via supercautelare, il giudice dovrà dunque procedere in tal senso, coinvolgendo nella misura del possibile la controparte in tale assunzione. Al riguardo vi è da chiedersi se il meccanismo generale previsto dal CPC in materia di provvedimenti superprovvisori⁷³⁴, ovvero la contemporanea citazione delle parti ad una discussione o la fissazione di un termine alla controparte per formulare osservazioni, trovi anche in questa sede la sua applicazione o meno.
- 427 Al proposito TREZZINI⁷³⁵ sostiene, dal mio punto di vista in modo condivisibile, che l'art. 265 cpv. 2 CPC debba trovare applicazione pure in materia di assunzione di prove a titolo cautelare, a condizione che il contraddittorio e la conseguente decisione del giudice intervengano prima della completazione dell'amministrazione del mezzo di prova ammesso in via supercautelare.
- 428 In particolare, la fissazione del contraddittorio contestualmente alla decisione superprovvisoria che ammette l'amministrazione di un mezzo di prova appare immaginabile nel caso di una perizia cautelare, ove il perito procede in un primo tempo ad un'ispezione oculare, alla presenza delle parti, raccogliendo se del caso la documentazione fotografica necessaria all'allestimento del referto, cosicché l'urgenza di accertare lo stato di fatto non ne risulti messa in discussione e procede solo in un secondo tempo alla redazione del suo referto, la quale può richiedere anche diversi giorni. In tal caso è auspicabile che le parti procedano al contraddittorio prima che il perito inizi la confezione vera e propria del rapporto peritale, cosicché, in caso di revoca della decisione superprovvisoria da parte del giudice, non ne derivino inutili costi. Laddove il giudice confermi invece la decisione superprovvisoria, il perito potrà rispondere alle domande postegli sulla base degli elementi raccolti in occasione dell'ispezione oculare esperita.
- 429 Parimenti, a fronte di una domanda di edizione di documenti dalla controparte in cui è allegato il rischio di una distruzione dei medesimi, è immaginabile che il giudice proceda in un primo tempo alla messa in sicurezza immediata di tali atti, onde evitarne la perdita, garantendo in un secondo tempo il diritto di essere sentita alla parte convenuta, la quale potrà se del caso far valere pure eventuali interessi degni di protezione⁷³⁶ a tutela dei quali il giudice potrà prendere le misure adeguate⁷³⁷. Al riguardo mi sembra importante rilevare come un tale modo di procedere sia opportuno nell'interesse di entrambe le parti. Difatti,

⁷³⁴ Art. 265 cpv. 2 CPC.

⁷³⁵ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1067.

⁷³⁶ Si pensi in particolare a segreti d'affari e commerciali.

⁷³⁷ Art. 156 CPC.

nell'ottica dell'istante, si può così evitare una distruzione o un'alterazione della documentazione chiesta in edizione, mentre a tutela della controparte si evita una diretta presa di visione dei medesimi da parte del precedente a scapito di potenziali interessi degni di protezione della controparte stessa, quali segreti commerciali o d'affari. Ne viene che, dal mio punto di vista, il giudice dovrebbe procedere, laddove lo ritenga giustificato e necessario, con il metodo bifase descritto, di propria iniziativa, a prescindere dunque da una specifica richiesta della parte istante. Questo non foss'altro che per il fatto, già indicato, che tale modo di procedere tutela anche la parte convenuta, permettendole in un secondo tempo di esercitare pienamente il proprio diritto di essere sentita. D'altro canto non mi sembra che procedendo in tal modo il giudice violi la massima dispositiva, laddove applicabile⁷³⁸, non trattandosi qui di concedere di più ad una parte rispetto a quanto richiesto, bensì unicamente di modulare la richiesta stessa nell'ottica di tutelare tutti i vari interessi in gioco⁷³⁹.

Di contro, appare invece chiaro che tale meccanismo mal si concilia con quella 430
tipologia di prove che, per loro natura, si esauriscono con una veloce e concentrata amministrazione. È il caso per esempio dell'audizione di un teste in punto di morte, la quale si esaurisce con l'interrogatorio del medesimo. Sulle conseguenze del mancato coinvolgimento della parte convenuta nell'assunzione di tali mezzi di prova si tornerà oltre, nel capitolo dedicato alla portata delle prove assunte in via cautelare⁷⁴⁰.

VIII. Obbligo di convalida ex art. 263 CPC

Da un punto di vista generale il CPC, in materia di provvedimenti cautelari, 431
prevede che, ove la causa di merito non sia ancora pendente, il giudice deve impartire all'istante un termine per promuoverla. Si tratta in sostanza di un meccanismo di convalida classico in materia di provvedimenti cautelari, i quali per loro natura sono volti a regolare una fattispecie in maniera provvisoria e sono strumentali rispetto al procedimento di merito⁷⁴¹.

Si pone ora la questione a sapere se tale meccanismo sia applicabile pure 432
all'assunzione di prove a titolo cautelare, ove questa sia sollecitata prima dell'introduzione della procedura di merito.

⁷³⁸ Sul tema cfr. n. 409 - 412.

⁷³⁹ Sul tema cfr. anche n. 412.

⁷⁴⁰ Cfr. infra n. 753 - 756.

⁷⁴¹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1 - 3; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 263 CPC; HUBER, *Kommentar ZPO*, n. 1 ad art. 263 CPC; SPRECHER, *BSK ZPO*, n. 2 ad Vorb. zu artt. 261 - 269 CPC.

- 433 Dopo alcune esitazioni iniziali⁷⁴², la dottrina è attualmente unanime nel concludere che l'art. 263 CPC non trova applicazione in materia di assunzione di prove a titolo cautelare⁷⁴³.
- 434 Dal canto suo il Tribunale federale ha pure confermato l'inapplicabilità della norma in questione⁷⁴⁴, rilevato come il mezzo di prova ed il suo valore probatorio non siano per loro natura soggetti a decadimento.
- 435 TREZZINI⁷⁴⁵ intravede in tale soluzione un possibile miglioramento della posizione processuale dell'istante. A mente di tale autore sarebbe, infatti, solo nella susseguente fase dibattimentale della procedura principale che la parte convenuta uscita sfavorita dalla precedente raccolta di prove in via cautelare potrà difendersi, cercando di riequilibrare la situazione. La parte istante potrebbe dunque mirare a tutelare tale capitale probatorio adottando una strategia dilatoria, procrastinando l'introduzione del processo di merito.
- 436 Dal mio punto di vista tale rischio, seppur esistente, è invero da relativizzare. Non va, infatti, dimenticato che, già nella procedura di assunzione di prove ex art. 158 CPC, la parte convenuta ha la possibilità di partecipare attivamente all'amministrazione del mezzo di prova, ponendo per esempio domande al perito o ai testimoni⁷⁴⁶, estendendo persino il tema probatorio ove dimostri a sua volta l'adempimento di una delle condizioni legali poste dall'art. 158 CPC e proceda dunque alla presentazione di una contro istanza⁷⁴⁷. Così, la parte convenuta potrà sollecitare, già nella procedura cautelare, una risposta di un testimone tesa a provare un'eccezione da lei sollevabile nella futura eventuale causa di merito, oppure sollecitare un perito, incaricato di determinare la causalità naturale tra un incidente stradale ed una patologia fisica, in merito all'esistenza di fattori interruttivi della stessa.
- 437 Alla possibilità di partecipare all'amministrazione della prova e di formulare una contro istanza, si aggiunge poi la possibilità per la parte convenuta in questione di sollecitare a sua volta, in una separata ed indipendente procedura, l'assunzione di prove a titolo cautelare, a condizione chiaramente di rendere

⁷⁴² TREZZINI, *Celerità*, pag. 95.

⁷⁴³ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1076; CHERPILLOD, *Procéder*, pag. 166; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 4; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 104; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 9 ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 24 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 8 ad art. 158 CPC; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1491; HALDY, *Procédure civile*, n. 520.

⁷⁴⁴ TF 4A_9/2013, decisione del 18 giugno 2013, consid. 5.

⁷⁴⁵ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1078.

⁷⁴⁶ DTF 140 III 16, consid. 2.2.3; TF 4A_322/2012, decisione del 5 novembre 2012, consid. 2.4; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1054.

⁷⁴⁷ Sul tema cfr. infra n. 385 - 386; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 317; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 71; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 29 ad art. 158 CPC.

verosimile un suo interesse degno di protezione o l'adempimento di una delle altre condizioni poste dall'art. 158 CPC. Ciò permetterà di procacciarsi dei mezzi di prova in ottica difensiva, mettendo così un argine ad un'eventuale strategia dilatoria della parte istante, uscita favorita dalla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare da lei avviata e che mira a tutelare il capitale probatorio acquisito.

In conclusione, ritengo che la soluzione dottrinale e giurisprudenziale sopra riportata sia condivisibile, nella misura in cui nulla giustifica l'imposizione dell'avvio, entro un certo termine, di una causa a colui che ha ottenuto l'assunzione di una prova a titolo cautelare. Tale soluzione sfavorirebbe peraltro la possibilità di valutare con la controparte - in un lasso di tempo non necessariamente breve, come è quello di un termine fissato ex art. 263 CPC - la possibilità di una soluzione transattiva. Ciò risulterebbe in contrasto con uno degli scopi dell'art. 158 CPC, ovvero quello di evitare procedimenti giudiziari inutili. 438

IX. Possibilità di chiedere una garanzia ex art. 264 CPC

In materia di provvedimenti cautelari il giudice può subordinare l'emanazione della sua decisione alla presentazione di una garanzia a carico dell'istante, ove vi sia da temere un danno per la controparte⁷⁴⁸. Scopo di tale garanzia è quello di tutelare la controparte a fronte di un possibile danno connesso all'adozione di misure cautelari nei suoi confronti, assunte nell'ambito di un giudizio sommario, e che si dovessero poi rivelare ingiustificate⁷⁴⁹, quale per esempio il blocco di un bene o l'ordine di astenersi da una certa attività. 439

Una parte della dottrina postula l'applicazione del meccanismo di cui all'art. 264 CPC pure in caso di assunzione di prove a titolo cautelare⁷⁵⁰, senza tuttavia spiegare esattamente il motivo di tale conclusione e soprattutto in quali casi ciò potrebbe entrare in linea di conto. 440

Altri autori ritengono invece tale norma inapplicabile, poiché l'ammissione di una prova non è misura suscettibile di creare un pregiudizio alla controparte⁷⁵¹. 441

⁷⁴⁸ Art. 264 cpv. 1 CPC.

⁷⁴⁹ TREZZINI, *Comm. CPC*, pagg. 1196 e 1197; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 264 CPC; BOHNET, *CPC commenté*, n. 1 ad art. 264 CPC; HUBER, *Kommentar ZPO*, n. 1 ad art. 264 CPC.

⁷⁵⁰ FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 104; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 9 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1061.

⁷⁵¹ BOHNET, *Procédure civile*, n. 1490; HALDY, *Procédure civile*, n. 520.

- 442 In un sentenza del 2011, l'Handelsgericht del Canton Berna ha avuto modo di esprimersi sulla questione⁷⁵². I giudici bernesi hanno rilevato come in una decisione di assunzione di prove a titolo cautelare si tratti soltanto di decidere sull'amministrazione anticipata o meno di un mezzo di prova e non invece di giudicare sulle pretese delle parti. Tale mezzo di prova verrà poi apprezzato dal giudice soltanto nell'ambito del giudizio di merito. Per tale ragione è difficilmente immaginabile un caso in cui una parte possa subire un pregiudizio a seguito dell'amministrazione anticipata di un mezzo di prova, quand'anche dovesse rivelarsi ingiustificata. I costi della procedura e dell'assunzione della prova sono, infatti, di principio a carico del richiedente.
- 443 Dal mio punto di vista, la giurisprudenza dianzi citata è meritevole di piena condivisione. Di principio, la semplice assunzione anticipata di una prova non è, infatti, suscettibile di causare pregiudizio ad una parte. Un potenziale rischio potrebbe in casi eccezionali sussistere ove venga richiesta la produzione di documentazione che, per sua natura, contiene informazioni suscettibili di tutela, quali per esempio segreti d'affari o commerciali. In tal caso la parte interessata potrà tuttavia far capo ad altri strumenti specifici per salvaguardare i propri interessi, chiedendo se del caso al giudice di assumere tutte quelle misure idonee e necessarie a salvaguardare i suoi interessi⁷⁵³. D'altro canto, non v'è ragione per trattare una simile fattispecie in modo diverso dall'assunzione delle medesime prove, suscettibili di ingenerare le medesime problematiche, nella fase processuale classica del processo di merito. Quanto poi ai costi della procedura, questi, come si vedrà meglio oltre⁷⁵⁴, sono di principio a carico del richiedente, ragione per cui nuovamente mal si comprende come la controparte potrebbe patire un pregiudizio. Una garanzia dell'indennità per ripetibili è infine finanche esclusa dall'art. 99 cpv. 3 lett. c CPC, il quale regola in maniera esaustiva e specifica la questione⁷⁵⁵.
- 444 Riassumendo quanto esposto, è dunque chiaro come l'art. 264 CPC non debba trovare applicazione alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. Questo non tanto per ragioni dogmatiche, quanto più semplicemente per il fatto che la mera assunzione di un mezzo di prova, se del caso con i correttivi adeguati ordinati del giudice per tutelare legittimi interessi di una parte, non è suscettibile di creare pregiudizio di sorta.

⁷⁵² HGer BE, decisione del 5 maggio 2011, pubblicata in CAN 2012, n. 25, pag. 77.

⁷⁵³ Art. 156 CPC; cfr. infra n. 468 - 470.

⁷⁵⁴ Cfr. n. 610.

⁷⁵⁵ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 406.

X. Effetti processuali e di diritto materiale

1. Effetto sulla litispendenza dell'azione

A) Riflessioni generali

L'avvio di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non comporta la litispendenza della causa di merito⁷⁵⁶. Gli atti processuali suscettibili di creare litispendenza sono, infatti, elencati all'art. 62 cpv. 1 CPC e tra gli stessi non figura l'istanza ex art. 158 CPC. 445

La soluzione prevista dal CPC, peraltro aderente a quanto previsto in precedenza con riferimento alle prove a futura memoria previste dal diritto processuale cantonale⁷⁵⁷, appare giustificata, poiché una tale procedura mira unicamente ad ottenere l'assunzione anticipata di un mezzo di prova, mentre l'oggetto della causa di merito e le pretese delle parti si trovano ancora ad uno stadio embrionale, ragion per cui non si è in presenza di un'individualizzazione sufficiente per poter comportare una pendenza del processo di merito con le conseguenze procedurali che ne derivano⁷⁵⁸. 446

B) Impatto sulla conclusione di una transazione

Secondo la giurisprudenza vodese, una delle conseguenze del citato difetto di litispendenza della causa principale è quello che un eventuale accordo sulle pretese di merito, a cui le parti dovessero addivenire nell'ambito della procedura di assunzione anticipata di prove, non ha forza di transazione giudiziaria ai sensi dell'art. 241 CPC, ma assurge soltanto a transazione extragiudiziaria, con le conseguenze che ciò comporta a livello di esecuzione della medesima⁷⁵⁹. A mente dei giudici vodesi, una transazione giudiziaria può certo portare su aspetti litigiosi tra le parti non compresi nell'oggetto litigioso sottoposto al giudice, ma presuppone tuttavia che la litispendenza sia creata ai sensi dell'art. 62 CPC, ciò che appunto non è il caso laddove il giudice sia adito mediante una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. Inoltre, in una tale procedura, le parti non formulano alcuna domanda concernente il merito della lite, ragione per cui il giudice nemmeno potrebbe comprendere il litigio nel suo insieme, verbalizzare 447

⁷⁵⁶ GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 7 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 49 ad art. 158 CPC; BOHNET, *CPC commenté*, n. 14 ad art. 62 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1017; HASEBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.135.

⁷⁵⁷ DTF 93 II 498, consid. 2; TF 4C.296/2003, decisione del 12 maggio 2004, consid. 3.4; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, *Aargauische ZPO*, § 211, n. 8.

⁷⁵⁸ BERGER-STEINER, *BK ZPO*, n. 21 ad art. 62 CPC.

⁷⁵⁹ CACI VD, del 25 aprile 2013/215, consid. 3b, pubblicata in JdT 2013 III 114.

correttamente una transazione giudiziaria e procedere ad un suo controllo formale per assicurarsi che la stessa non sia nulla⁷⁶⁰.

- 448 La citata conclusione dei giudici vodesi in materia di transazione nell'ambito di un procedimento di assunzione di prove a titolo cautelare non mi sembra meritevole di particolare condivisione.
- 449 Secondo la dottrina maggioritaria, una transazione va qualificata di giudiziaria ogniqualvolta venga conclusa nell'ambito di una procedura giudiziaria, con il concorso del giudice, ovvero qualora l'accordo venga stipulato direttamente in udienza dinanzi a quest'ultimo oppure le parti glielo sottopongono⁷⁶¹. Ora, che la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare sia una procedura giudiziaria - seppur atipica, in quanto mirata unicamente all'assunzione anticipata di uno o più mezzi di prova - mi sembra innegabile. Non intravvedo dunque ragioni particolari per negare il carattere giudiziario ad una transazione conclusa in quella sede, tanto più che secondo la dottrina la medesima può avvenire in ogni stadio del processo⁷⁶², ciò che mi sembra giustificato abbracci pure la procedura ex art. 158 CPC.
- 450 Che poi in una tale procedura le parti non formulino alcuna conclusione riferita alla pretesa di merito soggiacente, mi sembra privo di pertinenza, poiché una transazione giudiziaria può portare su temi e questioni che possono anche esulare totalmente dall'oggetto litigioso sottoposto al giudice⁷⁶³. In tal senso, i rischi evocati dai giudici vodesi in merito ad una carente conoscenza del litigio da parte del giudice mi sembrano infondati e comunque non riferiti al solo processo di assunzione di prove a titolo cautelare. A maggior ragione se si considera che un intervento del giudice si giustifica solo in casi di manifesta insostenibilità giuridica dell'accordo, ad esclusione di qualsivoglia analisi approfondita⁷⁶⁴.
- 451 Da ultimo, si volesse seguire la conclusione in esame, mi sembra importante rilevare come le parti che volessero terminare il loro litigio con un accordo che abbia tutti i crismi di una transazione giudiziaria sarebbero obbligate ad avviare una procedura di conciliazione, addivenendo poi in quella sede ad un accordo.

⁷⁶⁰ CACI VD, del 25 aprile 2013/215, consid. 3c, pubblicata in JdT 2013 III 114.

⁷⁶¹ STECK, *BSK ZPO*, n. 22 ad art. 241 CPC; LEUMANN LIEBSTER, *Kommentar ZPO*, n. 7 ad art. 241 CPC; KILLIAS, *BK ZPO*, n. 11 ad art. 241 CPC; NAEGELI/RICHERS, *KuKomm ZPO*, n. 27 ad art. 241 CPC; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 1 ad art. 241 CPC.

⁷⁶² KILLIAS, *BK ZPO*, n. 14 ad art. 241 CPC.

⁷⁶³ DTF 110 II 44, cosid. 4 e 5; STECK, *BSK ZPO*, n. 22 ad art. 241 CPC; LEUMANN LIEBSTER, *Kommentar ZPO*, n. 7 ad art. 241 CPC; KILLIAS, *BK ZPO*, n. 12 ad art. 241 CPC; NAEGELI/RICHERS, *KuKomm ZPO*, n. 27 ad art. 241 CPC; TAPPY, *CPC commenté*, n. 18 ad art. 241 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 1066.

⁷⁶⁴ KILLIAS, *BK ZPO*, n. 46 ad art. 241 CPC.

Tale soluzione mi sembra del tutto contraria a uno degli scopi dell'art. 158 CPC, ovvero quello di evitare processi inutili⁷⁶⁵ e comporterebbe inoltre un evitabile dispendio ulteriore di tempo e denaro, a discapito del principio dell'economia processuale.

2. Interruzione dei termini di prescrizione e perenzione

Il deposito di una domanda di assunzione anticipata di prove non è nemmeno suscettibile di interrompere i termini di prescrizione e perenzione⁷⁶⁶, ciò che già era il caso delle prove a futura memoria del diritto cantonale previgente⁷⁶⁷. 452

Tale soluzione si giustifica nuovamente con lo scopo della procedura, la quale mira unicamente ad assumere anticipatamente un mezzo di prova, mentre le pretese delle parti non sono fatte ancora valere in modo esplicito ma vanno soltanto rese verosimili nell'ottica di valutare la sussistenza di un interesse degno di protezione all'amministrazione del mezzo di prova. 453

L'istante dovrà dunque porre particolare attenzione a tale aspetto, ritenuto che l'assunzione di prove a titolo cautelare è certo uno strumento efficace per chiarire una fattispecie complessa o per permettere l'intavolazione di una discussione in vista di un accordo transattivo, ma come tale non comporta ancora la pendenza della causa di merito e non interrompe dunque i termini di prescrizione e perenzione a cui la pretesa soggiacente potrebbe essere soggetta. Il richiedente dovrà dunque, se del caso, tutelarsi in altro modo al fine di assicurarsi che la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non si riveli in fin dei conti inutile, stante lo spirare di un termine non salvaguardato dalla stessa. 454

Per quanto attiene all'interruzione della prescrizione, questa non necessiterà in ogni caso il deposito della causa di merito, perlomeno laddove la pretesa soggiacente alla domanda ex art. 158 CPC sia di natura pecuniaria⁷⁶⁸. Al contrario, per salvaguardare la propria pretesa da termini di perenzione, la parte interessata sarà spesso obbligata ad avviare la procedura di merito⁷⁶⁹. In tali 455

⁷⁶⁵ Cfr. n. 32 segg.

⁷⁶⁶ SCHMID, *ZPO*, n. 13 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 49 ad art. 158 CPC; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 7 ad art. 158 CPC; BERGER/GÜNGERICH, *Zivilprozessrecht*, pag. 241; PICHONNAZ, *CR CO*, n. 16 ad art. 135 CO; BECKER, *BK OR*, n. 20 ad art. 135 CO; BERTI, *ZK OR*, n. 114 ad art. 135 CO; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1017; HASEBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.135.

⁷⁶⁷ TF 5C.88/2004, decisione del 26 ottobre 2004, consid. 3.1.2; OGer LU, Max. XI Nr. 754, decisione del 6 ottobre 1970, pubblicata in SJZ 68/1972, pag. 96; COCCHI/TREZZINI, *CPC-TI*, ad art. 446 CPC/TI; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 1a ad art. 222 CPC/BE.

⁷⁶⁸ Art. 135 cifra 2 CO.

⁷⁶⁹ A titolo di esempio cfr.: art. 521 CC; art. 533 CC; art. 929 CC; art. 336b cpv. 2 CO.

circostanze, ben si comprende come l'avvio della causa di merito contestuale, o persino antecedente, al deposito di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare sia spesso un atto obbligato, ciò che a maggior ragione ritengo giustifichi la qui sostenuta applicabilità dell'art. 158 CPC, in tutte le sue ipotesi, anche una volta pendente la procedura principale⁷⁷⁰.

⁷⁷⁰ Cfr. n. 119 - 123.

Capitolo 5: Mezzi di prova e modalità di assunzione

Mirando la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare ad un'amministrazione anticipata di un mezzo di prova, è interessante analizzare quali prove previste dal CPC si prestino ad un'applicazione di tale istituto e, se del caso, come debba avvenire la loro assunzione. Qui di seguito si procederà dunque ad esaminare, da un punto di vista generale e con riferimento ad alcuni casi specifici meritevoli di approfondimento, se l'amministrazione di un determinato mezzo di prova possa essere già sollecitata in ambito provvisorio, nonché, in caso affermativo, in che modalità la stessa debba avvenire. 456

I. In generale

L'art. 158 CPC non contiene alcuna regola specifica in merito alla tipologia di prove da assumere in via cautelare⁷⁷¹, né prevede delle direttive particolari sulla modalità di assunzione delle stesse. Da un punto di vista generale, il titolo decimo della parte prima del CPC⁷⁷², regolante la prova, ed all'interno del quale l'art. 158 CPC s'inserisce, è dunque applicabile per analogia⁷⁷³. 457

Occorre tuttavia tenere conto della specificità dell'amministrazione anticipata delle prove discendente dall'applicazione della norma in narrativa, ciò che chiaramente comporta l'inapplicabilità di alcune regole specifiche all'assunzione di prove a titolo cautelare. 458

Qui di seguito si procederà dunque ad un esame della pertinenza delle principali norme in materia di prove per rapporto alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. 459

⁷⁷¹ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 944.

⁷⁷² Artt. 150 - 193 CPC.

⁷⁷³ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. IV; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 106; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 8 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 19 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 83.

II. Norme generali in materia di amministrazione delle prove

1. Partecipazione delle parti all'assunzione delle prove

- 460 Giusta l'art. 155 cpv. 3 CPC, le parti hanno il diritto di partecipare all'assunzione delle prove. Tale diritto, che è un corollario imprescindibile del diritto di essere sentiti⁷⁷⁴, trova piena applicazione anche nell'ambito della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare⁷⁷⁵.
- 461 L'obbligo per il giudice di coinvolgere entrambe le parti nell'assunzione delle prove deve, di principio, trovare pure applicazione in caso di assunzione ordinata già in via superprovvisoria⁷⁷⁶. Anche in tal caso, il giudice deve, nel limite del possibile, permettere alla controparte di partecipare attivamente all'amministrazione della prova.
- 462 Ci si può tuttavia chiedere se, in casi estremamente eccezionali, da un coinvolgimento della controparte si possa prescindere.
- 463 Alcuni autori ritengono che tale può essere il caso, in particolare ove vi sia il rischio di distruzione del mezzo di prova o modifica dello stato di fatto da parte della controparte, ragione per cui un effetto sorpresa è giustificato⁷⁷⁷, rispettivamente qualora vi sia un'urgenza tale che un coinvolgimento della controparte, pur se attuato con tutta prontezza, comporti un ritardo istruttorio incompatibile con l'urgenza particolare del caso⁷⁷⁸.
- 464 Dal mio punto di vista le conclusioni di tali autori appaiono troppo perentorie per rapporto al loro risultato di escludere totalmente un coinvolgimento della controparte. Come già in parte rilevato con riferimento alla questione dell'emanazione di un provvedimento supercautelare⁷⁷⁹, ritengo corretto che il giudice faccia tutto quanto in suo potere per poter comunque, in una certa misura, garantire alla controparte il proprio diritto di essere sentita, permet-

⁷⁷⁴ DTF 124 I 241, consid. 2; DTF 121 V 150, consid. 4a; TF 4A_366/2014, decisione del 20 ottobre 2014, consid. 3; HASEBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.138; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 834; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 709; HASENBÖHLER, *Kommentar ZPO*, n. 24 ad art. 155 CPC; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 129; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 221.

⁷⁷⁵ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 23 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1066; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 27 e 27a ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 946; PASSADELIS, *ZPO*, n. 8 ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 28 ad art. 158 CPC.

⁷⁷⁶ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 27 ad art. 158 CPC.

⁷⁷⁷ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 27 ad art. 158 CPC.

⁷⁷⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1066.

⁷⁷⁹ Cfr. infra n. 426 - 430.

tendole di partecipare all'assunzione del mezzo di prova. Le potenziali problematiche evocate dalla dottrina possono invero essere in parte superate mediante una modulazione da parte dell'autorità giudicante dell'assunzione della prova. È così auspicabile che, confrontato con un'urgenza estrema, il giudice provveda in un primo tempo a prendere le misure atte ad assicurare il mezzo di prova, per poi coinvolgere le parti in un secondo tempo.

In caso di un immobile che minaccia un crollo imminente, il giudice potrà per esempio nominare inaudita altera parte un perito con il compito di raccogliere il materiale fotografico ed esperire tutti quegli accertamenti ed interventi necessari ad una redazione *ex post* di un referto peritale, coinvolgendo però poi le parti al momento della formulazione dei quesiti peritali. A titolo di esempio si pensi ad un immobile le cui facciate esterne sono rivestite con delle grosse lastre in marmo, le quali cominciano a staccarsi e costituiscono un serio pericolo per il pubblico che transita ai piedi della costruzione. In tali circostanze, il perito potrà intervenire in un primo tempo senza coinvolgere la controparte, staccando le lastre pericolanti, scattando tutte le fotografie necessarie ed esperendo gli accertamenti opportuni nell'ottica della redazione del referto peritale. In un secondo tempo, la controparte andrà tuttavia coinvolta nella procedura, permettendole di porre domande al perito, di prendere posizione sui suoi accertamenti preliminari e di visionare il materiale raccolto⁷⁸⁰. In altri termini, il perito dovrà ben badare a tenere in considerazione pure l'interesse della controparte assente, permettendole così di esercitare in una seconda fase il più ampio diritto possibile alla partecipazione all'assunzione della prova peritale.

Tale soluzione è chiaramente compatibile solo con quei mezzi di prova la cui amministrazione non si completa con un solo atto istruttorio. La stessa non entra dunque, per esempio, in linea di conto in caso di audizione di un teste in punto di morte, l'amministrazione della prova esaurendosi con il suo interrogatorio. In tal caso occorre tuttavia rilevare come, da un punto di vista pratico, ben difficilmente il giudice potrà procedere all'interrogatorio richiesto il giorno stesso del deposito della domanda dell'istante. Un coinvolgimento della controparte non dovrebbe dunque di principio essere particolarmente difficoltoso, tenuto anche conto delle possibilità offerte dalle più moderne tecnologie.

Gli stessi principi devono poi valere ove vi sia un rischio che la controparte distrugga il mezzo di prova o modifichi lo stato di fatto oggetto di prova. Anche in tal caso, dal mio punto di vista, il giudice dovrà in sostanza procedere in due tappe, assicurando in un primo tempo il mezzo di prova, rispettivamente accertando in modo ricostruibile lo stato di fatto litigioso, per poi, una volta

⁷⁸⁰ In questo caso le lastre, le quali dovranno chiaramente essere conservate dall'esperto incaricato a disposizione del giudice e delle parti.

escluso il rischio di distruzione o modifica da parte del convenuto, coinvolgere il medesimo nell'amministrazione vera e propria della prova.

2. Tutela d'interessi degni di protezione

A) In generale

- 468 L'art. 156 CPC stabilisce che, se l'assunzione delle prove rischia di pregiudicare interessi degni di protezione di una parte o di terzi, come in particolare segreti d'affari, il giudice prende i provvedimenti necessari a loro tutela. Tale norma costituisce una limitazione al diritto alla prova delle parti in causa, fondata sulla tutela d'interessi degni di protezione di una parte o di un terzo⁷⁸¹.
- 469 Il testo legale menziona, a titolo di esempio, la tutela dei segreti di affari. La norma in questione è pure tuttavia applicabile, a titolo di esempio, alla protezione della personalità, della sfera privata, della salute, del bene del minore e dell'interesse pubblico⁷⁸². Determinante è che l'interessato, sia esso parte o terzo, alleghi in modo compiuto⁷⁸³ e renda verosimile⁷⁸⁴ un suo interesse degno di protezione e in che modo l'assunzione della prova in questione metterebbe in pericolo il medesimo. Il giudice dovrà poi procedere secondo il suo libero apprezzamento e applicando il principio della proporzionalità ad una ponderazione degli interessi contrapposti, adottando la misura più adeguata a tutelare l'interesse degno di protezione in discussione, pur limitando al minimo indispensabile la restrizione del diritto alla prova delle parti in causa⁷⁸⁵. Quali misure immaginabili adottabili a cura del giudice vi sono la limitazione del diritto di consultazione degli atti, la parziale copertura di parti di documenti o la loro anonimizzazione e la limitazione della pubblicità delle udienze⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 711; HASENBÖHLER, *Kommentar ZPO*, n. 3 ad art. 156 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 25.

⁷⁸² SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 6 ad art. 156 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 2 ad art. 156 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 11 ad art. 156 CPC; GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 29; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.99; LEU, *ZPO Kommentar*, n. 9 e 10 ad art. 156 CPC.

⁷⁸³ DTF 134 III 255, consid. 2.5; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 156 CPC; SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 7 ad art. 156 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 13 ad art. 156 CPC.

⁷⁸⁴ SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 8 ad art. 156 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 2 ad art. 156 CPC; LEU, *ZPO Kommentar*, n. 15 ad art. 156 CPC; *contra*: GUYAN, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 156 CPC.

⁷⁸⁵ SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 11 ad art. 156 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 1 e 5 ad art. 156 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 18 segg. ad art. 156 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 4 ad art. 156 CPC; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 2 ad art. 156 CPC; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 834.

⁷⁸⁶ SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 224; RÜEDI, *Beweismittel*, pag. 89; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 834; CORBOZ, *Dispositions générales*, pag. 33; MEIER,

Il meccanismo di protezione descritto trova applicazione pure in caso di assunzione di mezzi di prova a titolo cautelare⁷⁸⁷. Il giudice, confrontato con un verosimile interesse degno di protezione di una parte o di un terzo, dovrà dunque assumere le misure adeguate per tutelare il medesimo. Le misure che entrano in linea di conto sono sostanzialmente le medesime già dianzi indicate⁷⁸⁸. 470

B) In caso di provvedimenti superprovvisori

L'autorità giudicante dovrà procedere in modo prudente, in particolare, ove l'assunzione di un mezzo di prova venga ammesso già in via superprovvisoria. In tal caso, infatti, in mancanza di un preventivo coinvolgimento, la controparte non ha spesso la possibilità di far valere compiutamente un suo interesse degno di protezione. Come in precedenza ricordato⁷⁸⁹, è dunque auspicabile che il giudice agisca in due fasi, mettendo in un primo tempo in sicurezza il mezzo di prova in discussione, dando poi la possibilità alla parte avversa di esprimersi, facendo se del caso valere un suo interesse degno di protezione, per poi in un secondo tempo rendere accessibile la prova alla controparte. La questione si porrà sostanzialmente in caso di richiesta di edizione di documenti che rischiano di essere distrutti dalla controparte, i quali potrebbero contenere informazioni, quali per esempio segreti commerciali, suscettibili di tutela. In tal caso, dal mio punto di vista, il giudice, ove accogliesse una domanda superprovvisoria di edizione di tali atti, dovrà dunque dimostrare prudenza, agendo con la modalità bifase descritta. 471

3. Nessun apprezzamento delle prove

A) In generale

Da un punto di vista generale, l'art. 157 CPC esplicita il principio del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice⁷⁹⁰. In sostanza tale norma riprende il principio di ogni moderna procedura civile per cui il giudice valuta liberamente, secondo il suo prudente apprezzamento e senza essere vincolato da 472

Kritische Darstellung, pag. 302; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 25; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 3; Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6686.

⁷⁸⁷ FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 106; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 3; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 23 ad art. 158 CPC.

⁷⁸⁸ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 3.

⁷⁸⁹ Cfr. infra n. 464 - 467.

⁷⁹⁰ SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 1 ad art. 157 CPC; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 1 ad art. 157 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 157 CPC.

regole formali sulla valenza ed efficacia probatoria di uno specifico mezzo di prova, se un determinato fatto sia stato provato o meno⁷⁹¹.

- 473 Nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare il giudice non decide sui diritti o doveri delle parti derivanti dal diritto materiale⁷⁹². Di conseguenza, a tale stadio della lite, impregiudicato un apprezzamento anticipato delle prove, di cui si dirà qui di seguito⁷⁹³, non ha nemmeno luogo un apprezzamento delle prove ai sensi dell'art. 157 CPC⁷⁹⁴. Tale esercizio è dunque integralmente lasciato al giudice competente a decidere la causa di merito principale, eventualmente susseguente o contestuale alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare⁷⁹⁵.

B) Apprezzamento anticipato delle prove

- 474 La mancanza di un apprezzamento delle prove assunte a titolo cautelare da parte del giudice che ne ha ordinato l'assunzione non va tuttavia confusa con la possibilità di procedere ad un apprezzamento anticipato delle stesse. Come già in precedenza ampiamente enucleato, il giudice adito dal richiedente può, ed anzi deve, valutare d'ufficio se le condizioni di applicazione dell'art. 158 CPC siano riunite⁷⁹⁶ e dunque valutare pure anticipatamente se il mezzo di prova di cui è chiesta l'assunzione non sia totalmente inutile o impertinente per rapporto alla pretesa di merito soggiacente alla domanda di tutela giurisdizionale⁷⁹⁷, se ciò fosse il caso venendo meno il presupposto della sussistenza di un interesse degno di protezione⁷⁹⁸.

⁷⁹¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 32; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 224; HASENBÖHLER, *Kommentar ZPO*, n. 5 ad art. 157 CPC; SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 1 ad art. 157 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 157 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 2 ad art. 157 CPC; OLGATI, *CPC*, pag. 142; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 3 ad art. 157 CPC; BÜHLER, *Beweiswürdigung*, pag. 74; KAUFMANN, *Bewiesen?*, pag. 1201.

⁷⁹² DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

⁷⁹³ Cfr. n. 474 - 475.

⁷⁹⁴ TF 4A_118/2012, decisione del 19 giugno 2012, consid. 2.2; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkommentar*, n. 8 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 30 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 4c ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 28 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89.

⁷⁹⁵ OGer ZH, LF120006, del 3 aprile 2012, consid. 3.3; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 28 ad art. 158 CPC; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkommentar*, n. 8 ad art. 158 CPC.

⁷⁹⁶ Cfr. infra n. 413 - 415.

⁷⁹⁷ Cfr. anche n. 174 e 233.

⁷⁹⁸ TF 4A_342/2014, decisione del 17 ottobre 2014, consid. 3; TF 4A_604/2013, decisione del 25 aprile 2014, consid. 2.1.2; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 3.2.2, non pubblicato in DTF 140 III 24; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. III 3.

Analogamente, nel caso in cui il procedente postuli l'assunzione di più mezzi di prova in via cautelare, il giudice dovrà altresì valutare se, nell'ottica dello scopo mirato dal richiedente, per esempio quello di chiarire le sue prospettive processuali, sia realmente necessario amministrare tutte le prove richieste. A titolo di esempio, il giudice, dopo l'amministrazione di tre mezzi di prova dei cinque richiesti, potrebbe rendersi conto che quanto sin lì emerso è già oggettivamente sufficiente all'istante per valutare le proprie prospettive processuali, ragione per cui il suo interesse degno di protezione all'amministrazione pure dei restanti mezzi di prova invocati viene meno. In tal caso ben si comprende come l'apprezzamento anticipato delle prove inglobi pure un apprezzamento posticipato, con effetto anticipato, dei mezzi di prova già assunti⁷⁹⁹. Tale modo di procedere, seppur ammesso dal Tribunale federale⁸⁰⁰, racchiude in sé alcuni aspetti potenzialmente problematici riferiti al diritto alla prova delle parti⁸⁰¹, i quali mi sembra si acquiscano ulteriormente nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, nel cui ambito le pretese di diritto materiale sono unicamente affacciate ed il tema della lite si trova ancora ad uno stadio embrionale, ragione per cui una valutazione anticipata da parte del giudice diviene ancor più complessa. Ritengo pertanto opportuno che il giudice dimostri una certa prudenza, negando l'ulteriore amministrazione probatoria richiesta soltanto laddove sia chiaro⁸⁰² che i restanti mezzi di prova di cui è postulata l'assunzione non sono in alcun modo suscettibili di apportare ulteriori elementi utili al richiedente nell'ottica dello scopo a cui quest'ultimo mira.

475

4. Obbligo di cooperazione e diritto di rifiutarsi di cooperare

A) In generale

Come si è indicato in precedenza, di principio, l'assunzione di una prova ordinata in via cautelare avviene secondo le modalità applicabili pure all'istruttoria del processo di merito esperita nello stadio dibattimentale classico. Anche in tale procedura le parti e i terzi hanno dunque un obbligo generale di

476

⁷⁹⁹ HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 5.76; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 664; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 23.

⁸⁰⁰ DTF 130 II 351, consid. 3.3.3; DTF 122 III 219, consid. 3c.

⁸⁰¹ Per un riassunto delle diverse opinioni dottrinali sul tema cfr.: HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 5.77 segg.

⁸⁰² Con riferimento alla procedura di merito la dottrina e la giurisprudenza parlano di certezza da parte del giudice dell'inutilità degli ulteriori mezzi di prova: TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 665, con numerosi riferimenti.

cooperazione all'assunzione delle prove, codificato all'art. 160 CPC⁸⁰³, il quale si applica in ogni tipo di procedura⁸⁰⁴. Parimenti, le parti e i terzi, nei casi previsti dalla legge, possono avvalersi del loro diritto di rifiutarsi di collaborare, disciplinato agli artt. 163 - 167 CPC⁸⁰⁵.

B) Delle parti

a) In generale

- 477 L'art. 160 CPC istituisce un obbligo, e meglio un onere, per le parti di collaborare all'assunzione delle prove ed in particolare di dire la verità quale parte, di produrre documenti e di tollerare l'ispezione oculare della loro persona o dei loro beni. A differenza dei terzi, le parti che non dovessero collaborare, non sono tuttavia soggette a sanzioni, ragione per cui è più corretto parlare di un loro onere, e non di un obbligo⁸⁰⁶.
- 478 In caso di mancata collaborazione torna, infatti, applicabile l'art. 164 CPC, secondo il quale il giudice, confrontato con un rifiuto indebito, ne tiene conto nell'apprezzamento delle prove.
- 479 Il diritto delle parti di rifiutarsi di collaborare, senza incorrere nelle conseguenze di cui all'art. 164 CPC, è poi disciplinato dall'art. 163 CPC, il quale prevede la possibilità di sottrarsi alla cooperazione qualora la parte esponesse al rischio di essere sottoposta a un procedimento penale o di dover rispondere civilmente una persona vicina a lei ai sensi dell'art. 165 CPC⁸⁰⁷, rispettivamente ove si rendesse colpevole di violazione di un segreto secondo l'art. 321 del Codice penale, eccettuati i revisori e fatto salvo, tranne che per avvocati ed ecclesiastici, l'obbligo di denuncia o la liberazione dal segreto professionale, a parte nel caso in cui sia resa verosimile la prevalenza dell'interesse al mantenimento del segreto su quello all'accertamento della verità⁸⁰⁸. La parte titolare di altri segreti legalmente protetti può invece rifiutarsi di collaborare ove renda verosimile la

⁸⁰³ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 19 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 106; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC.

⁸⁰⁴ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, *Zivilprozessrecht*, n. 102; SCHMID, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 160 CPC; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 835.

⁸⁰⁵ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 19 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 106; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pt. V 1.

⁸⁰⁶ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 771; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, *Zivilprozessrecht*, n. 108; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 133; MEIER, *Kritische Darstellung*, pagg. 300 e 301; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 218; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 65; HASENBÖHLER, *Mitwirkungspflichten*, pag. 716; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 2 ad Vorb. zu artt. 160 - 167 CPC; SCHMID, *BSK ZPO*, n. 8 ad art. 160 CPC; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 835.

⁸⁰⁷ Art. 163 cpv. 1 lett. a CPC.

⁸⁰⁸ Artt. 163 cpv. 1 lett. b e 166 cpv. 1 lett. b terza frase CPC.

prevalenza dell'interesse al mantenimento del segreto su quello all'accertamento della verità⁸⁰⁹. Di contro una parte non può rifiutarsi di collaborare invocando un suo rischio di incorrere in un procedimento penale o civile⁸¹⁰.

In caso di rifiuto di collaborare legittimo di una parte, il giudice non può evincere nulla quanto al fatto da provare⁸¹¹. 480

b) *Mancata cooperazione nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare*

Come detto in precedenza, il regime regolante l'onere di cooperazione delle parti ed il loro diritto di rifiutarsi di collaborare trova di principio applicazione anche nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. Tale principio soffre tuttavia un'importante eccezione. 481

La conseguenza esplicitata all'art. 164 CPC, in caso di mancata collaborazione delle parti, presuppone, infatti, che il giudice debba procedere ad un apprezzamento delle prove nell'ottica di emanare la propria decisione nel merito della vertenza. Tuttavia, come dianzi indicato⁸¹², in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare - non dovendo il giudice chinarsi su questioni attinenti ai diritti e doveri delle parti derivanti dal diritto materiale - non avviene alcun apprezzamento delle prove. La conseguenza è, dunque, che il meccanismo disposto dall'art. 164 CPC non trova, a tale stadio della procedura, applicazione⁸¹³. 482

Dal punto di vista dell'art. 164 CPC, la mancata collaborazione della controparte, in una tale procedura, rimane dunque senza specifica sanzione. La parte che nega la collaborazione in sede di assunzione di prove a titolo cautelare potrà, infatti, mostrarsi cooperativa, ove nuovamente sollecitata in tal senso, nell'ambito della procedura di merito, senza incorrere in svantaggi riferiti all'apprezzamento delle prove. Tutt'al più alla medesima, anche ove ottenesse ragione nel merito, potranno essere addossati i costi processuali scaturenti dalla 483

⁸⁰⁹ Art. 163 cpv. 2 CPC.

⁸¹⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 73; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 836; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 305; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 136; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, *Zivilprozessrecht*, n. 123; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 795; HASENBÖHLER, *Mitwirkungspflichten*, pag. 719; SCHMID, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 163 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 6 ad art. 163 CPC; JEANDIN, *CPC commenté*, n. 7 ad art. 163 CPC.

⁸¹¹ Art. 162 CPC.

⁸¹² Cfr. n. 473.

⁸¹³ GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 65; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 2; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1087; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 30 e 32 ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pagg. 947 - 948; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 87.

sua mancata preventiva collaborazione, conformemente all'art. 107 cpv. 1 lett. b CPC⁸¹⁴.

- 484 A ragione, dal mio punto di vista, TREZZINI⁸¹⁵ rileva come dal ragionamento dianzi esposto vadano esclusi quei casi ove il mezzo di prova vada perso, o venga deliberatamente annientato, prima di poter essere riassunto nell'ambito della procedura di merito, ragione per cui una riassunzione ed il relativo apprezzamento in quella sede ne risultino impossibili. In tal caso il giudice del processo principale dovrà, nel suo apprezzamento delle prove, tenere conto debitamente del rifiuto di collaborare della controparte nell'ambito della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare.

c) *Analisi critica*

- 485 Come detto pocanzi, il meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 164 CPC non trova applicazione nell'ambito della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. La conseguenza parrebbe essere quella per cui la controparte può rifiutarsi di dare seguito agli ordini del giudice, senza incorrere in alcuna sanzione, ciò che di fatto rende potenzialmente inutile l'introduzione di un'istanza ex art. 158 CPC, laddove la prova richiesta comporta una collaborazione della controparte, come per esempio l'edizione di documenti da quest'ultima⁸¹⁶.
- 486 Una tale soluzione non mi sembra tuttavia per nulla soddisfacente⁸¹⁷. Da un punto di vista generale, ritengo, infatti, scioccante che una parte, confrontata con un ordine da parte del giudice di produrre una serie di documenti in applicazione dell'art. 158 CPC, possa semplicemente ignorare il medesimo, rifiutandosi di collaborare. Al riguardo mi pare importante ricordare che, anche nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, l'obbligo di cooperazione della controparte, di cui all'art. 160 CPC, sussiste pienamente⁸¹⁸. La situazione risulta ancor più inaccettabile se si considera che l'istante, il quale introduce una domanda ex art. 158 CPC, deve, di norma, sopportarne integralmente i costi⁸¹⁹. Quest'ultimo, pur avendo dimostrato l'adempimento dei presupposti materiali previsti dalla citata norma e sostenuto le spese connesse alla procedura, potrebbe trovarsi nella situazione di non ottenere alcunché dalla

⁸¹⁴ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 2; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1087; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 32 ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 948; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 87.

⁸¹⁵ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1087.

⁸¹⁶ GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 65.

⁸¹⁷ Così anche: DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 87.

⁸¹⁸ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 19 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 106.

⁸¹⁹ Cfr. n. 610.

controparte, senza che il comportamento omissivo della medesima possa essere sanzionato dal giudice.

Dal mio punto di vista, la descritta assenza di sanzioni specifiche nei confronti della controparte non può ritenersi voluta da parte del legislatore, ma costituisce piuttosto una lacuna del CPC, dovuta alle specificità della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare che conducono ad un'inapplicabilità del regime previsto dall'art. 164 CPC. Difatti, non risulta che il legislatore abbia inteso rinunciare al precetto che regola l'obbligo di collaborazione della controparte, escludendo una sua applicazione alla procedura in esame. Piuttosto, sembrerebbe che al medesimo sia sfuggito che le peculiarità della procedura ex art. 158 CPC comportano un'inapplicabilità del regime sanzionatorio generale previsto per la controparte inadempiente. D'altro canto, anche la dottrina riferita alle normative cantonali previgenti ammetteva la possibilità di un'edizione di documenti dalla controparte in via anticipata - seppur a condizione di adempiere presupposti materiali diversi - senza tuttavia apparentemente affrontare in modo specifico la problematica evocata, che già poteva manifestarsi in applicazione delle norme cantonali⁸²⁰. Non credo si sia dunque in presenza di un silenzio qualificato da parte del legislatore⁸²¹. Impregiudicato il fatto che la questione meriterebbe di essere chiarita mediante una modifica legislativa, occorre dunque chiedersi come il giudice possa colmare il vuoto legale in narrativa⁸²², palliando all'impossibilità di applicazione dell'art. 164 CPC. 487

Una soluzione immaginabile potrebbe essere quella di applicare, nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, alla controparte, per analogia, il regime di sanzioni previsto per i terzi⁸²³. In sostanza il giudice potrebbe ovviare all'impossibilità di sanzionare la controparte mediante presa in considerazione del suo contegno nell'apprezzamento delle prove, comminando alla medesima una multa disciplinare, oppure la comminatoria penale. Alternativamente, applicando il rinvio alle norme sui provvedimenti cautelari previsto all'art. 158 cpv. 2 CPC, il giudice potrebbe assortire l'ordine impartito alla controparte, per esempio di produrre determinati documenti, di misure d'esecuzione ai sensi 488

⁸²⁰ Cfr. in particolare: LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 1d ad art. 222 CPC/BE; FRANK/STRÄULI/MESSMER, *Zürcherische ZPO*, § 231, n. 3; SPÜHLER/VOCK, *Urkundenedition*, pag. 45; WALDMANN, *Informationsbeschaffung*, pag. 295.

⁸²¹ Sul tema cfr. DTF 140 III 636, consid. 2.1; DTF 140 III 206, consid. 3.5.

⁸²² Sulla possibilità di procedere in tal modo anche con riferimento al diritto processuale cfr.: DTF 140 III 636, consid. 2.1; DTF 122 I 253, consid. 6a; GULDENER, *Zivilprozessrecht*, pag. 53; MEIER-HAYOZ, *Lückenausfüllung im Zivilprozessrecht*, pagg. 340 segg.; SCHÜPBACH, *Traité de procédure civile*, n. 216.

⁸²³ Cfr. n. 491.

dell'art. 267 CPC, scegliendo tra il catalogo previsto dall'art. 343 CPC⁸²⁴. Una terza possibilità, che mi sembra essere pure la più attuabile, potrebbe essere infine quella di sanzionare la parte che non adempie l'ordine del giudice applicando l'art. 128 cpv. 1 CPC. Difatti, non credo che il ricorso a tale norma sia escluso per il solo fatto che la legge non prevede esplicite sanzioni per la controparte non collaborativa nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, il suo comportamento omissivo assurgendo a indubbia turbativa del corretto andamento della causa⁸²⁵. Un'applicazione di tale norma alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, già ammessa dal Tribunale federale per la procedura di conciliazione⁸²⁶, mi sembra poi qui ancor più giustificata, se solo si considera l'importante impatto finanziario e tempistico che tale processo è suscettibile di ingenerare.

- 489 In tutti i casi, appare chiaro che le soluzioni qui proposte assurgono a meri palliativi volti ad evitare l'ineffettività dello strumento messo a disposizione delle parti all'art. 158 CPC. Resta inteso, come già dianzi indicato, che la questione risulta di importanza centrale, soprattutto laddove la prova richiesta in via cautelare sia quella dell'edizione di documenti dalla controparte, ragione per cui un intervento del legislatore volto a porre rimedio all'attuale assenza esplicita di sanzioni in caso di rifiuto indebito di collaborazione della controparte risulterebbe imprescindibile, pena la perdita di qualsivoglia utilità dello strumento in esame laddove è richiesto il concorso della parte avversa.

C) Dei terzi

a) *In generale*

- 490 L'art. 160 CPC sancisce un obbligo per i terzi di collaborare all'assunzione delle prove ed in particolare di dire la verità quale teste, di produrre documenti e di tollerare l'ispezione oculare della loro persona o dei loro beni.
- 491 A differenza di quanto previsto per le parti, l'art. 167 CPC prevede delle vere e proprie sanzioni in caso di rifiuto indebito di un terzo di collaborare⁸²⁷. Il

⁸²⁴ Cfr. tuttavia ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 34 ad art. 158 CPC, il quale ritiene inapplicabile l'art. 267 CPC, in assenza di una decisione finale da porre in esecuzione.

⁸²⁵ In tal senso, il Tribunale federale ha già ritenuto lecita l'applicazione dell'art. 128 cpv. 1 CPC nella procedura di conciliazione, laddove una parte ingiustificatamente non compare all'udienza, seppur la legge non preveda esplicite sanzioni per un tale comportamento, limitandosi a prescrivere al giudice di provvedere al rilascio dell'autorizzazione ad agire (DTF 141 III 265, consid. 3 segg.).

⁸²⁶ DTF 141 III 265, consid. 3 segg.

⁸²⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 82; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 840; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 301; HASENBÖHLER, *Mitwirkungspflichten*, pag. 716; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, *Zivilprozessrecht*, n. 144;

giudice può così sanzionare il terzo reticente con una multa disciplinare fino a fr. 1'000.-⁸²⁸, pronunciando la comminatoria penale⁸²⁹, ordinando l'esecuzione coattiva⁸³⁰ o addossandogli le spese giudiziarie causate dal rifiuto⁸³¹.

Il diritto di rifiuto dei terzi è disciplinato agli artt. 165 e 166 CPC. L'art. 165 CPC istituisce un diritto di rifiuto assoluto per i terzi che hanno un legame familiare, rispettivamente particolare, con una parte⁸³². Di contro l'art. 166 CPC disciplina il diritto relativo di rifiuto dei terzi, il quale mira a prevenire i conflitti di coscienza o d'interessi ed a proteggere alcune istituzioni d'interesse pubblico o che fruiscono di un particolare affidamento⁸³³. In caso di rifiuto legittimo vale quanto indicato con riferimento alle parti, ed il giudice non potrà evincere nulla quanto al fatto da provare⁸³⁴.

b) Nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare

Da un punto di vista generale, già si è detto⁸³⁵ che le norme sull'obbligo di collaborazione di terzi e disciplinanti i rispettivi diritti di rifiuto trovano la loro applicazione anche in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. Se l'applicazione delle norme disciplinanti l'obbligo di collaborazione delle parti e le relative sanzioni in una simile procedura non creano particolari problemi, valendo integralmente i principi applicabili nel processo di merito, più delicata è la questione a sapere come i vari diritti di rifiuto, assoluti e relativi, trovino qui realizzazione.

Per quanto attiene ai diritti assoluti di rifiuto, come detto⁸³⁶, questi trovano la loro ragione d'essere nell'esistenza di uno specifico legame familiare o particolare del terzo con una parte. Lo stadio della procedura in cui i medesimi sono fatti valere non comporta dunque differenze, gli stessi applicandosi allo

HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 133; JEANDIN, *CPC commenté*, n. 2 ad art. 167 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 2 ad art. 167 CPC; SCHMID, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 167 CPC.

⁸²⁸ Art. 167 cpv. 1 lett. a CPC.

⁸²⁹ Art. 167 cpv. 1 lett. b CPC.

⁸³⁰ Art. 167 cpv. 1 lett. c CPC.

⁸³¹ Art. 167 cpv. 1 lett. d CPC.

⁸³² HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 137; HASENBÖHLER, *Mitwirkungspflichten*, pag. 721; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 76 e 77; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, *Zivilprozessrecht*, n. 124; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 302; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 837; SCHMID, *BSK ZPO*, n. 2 ad art. 165 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 2 ad art. 165 CPC.

⁸³³ VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 837; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 166 CPC; SCHMID, *BSK ZPO*, n. 2 ad art. 166 CPC.

⁸³⁴ Art. 162 CPC.

⁸³⁵ Cfr. n. 476.

⁸³⁶ Cfr. n. 492.

stesso modo nell'ambito di un'assunzione anticipata di prove e nell'ambito dell'istruttoria di merito.

- 495 Con riferimento ai diritti relativi di rifiuto, mi sembra per contro meritevole di approfondimento la questione a sapere come vada valutato, per rapporto ad una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, l'aspetto della ponderazione tra l'interesse al mantenimento di un segreto protetto dalla legge e quello all'accertamento della verità⁸³⁷. Ora, al riguardo si è già più volte detto che in una procedura ex art. 158 CPC il giudice non è tenuto a distribuire dei diritti soggettivi, limitandosi ad amministrare anticipatamente uno o più mezzi di prova⁸³⁸. In tali circostanze nemmeno vi è un effettivo accertamento della verità che si traduce in una decisione resa dal giudice sul fondo della vertenza. Resta tuttavia il fatto che l'assunzione di uno o più mezzi di prova è uno strumento mediante il quale si mira all'accertamento della verità, e questo anche laddove una tale assunzione avvenga in via anticipata. Si può dunque ben dire che la procedura ex art. 158 CPC, seppur non direttamente finalizzata all'accertamento della verità, codifica uno strumento orientato a un tale futuro accertamento. Ne viene che, dal mio punto di vista, anche in questa sede il giudice, confrontato con dei segreti di terzi protetti dalla legge, laddove necessario, dovrà procedere ad una ponderazione con l'interesse all'accertamento della verità, come farebbe nella procedura di merito, ritenuto che spesso i mezzi di prova richiesti saranno poi imprescindibili ad un tale accertamento nell'ambito dell'eventuale processo principale.

D) Dei minori

- 496 Per quanto concerne i minori, il loro obbligo di collaborazione è disciplinato dall'art. 160 cpv. 2 CPC, il quale lascia all'apprezzamento del giudice la decisione sull'obbligo di cooperare dei medesimi, ritenuto che egli dovrà prendere in considerazione il loro bene⁸³⁹. Il CPC non prevede alcuna età minima a partire dalla quale il minore è tenuto a cooperare, lasciando dunque ampio margine di valutazione al giudice, il quale terrà conto delle specificità caso concreto, in particolare della capacità di ragionamento dell'interessato, del suo rapporto con le parti, dell'oggetto della prova e delle conseguenze fisiche o psichiche potenziali della sua cooperazione⁸⁴⁰.

⁸³⁷ Art. 166 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 CPC.

⁸³⁸ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

⁸³⁹ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 788; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 836; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, *Zivilprozessrecht*, n. 105; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 67; SCHMID, *BSK ZPO*, n. 60 ad art. 160 CPC.

⁸⁴⁰ VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 836; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, *Zivilprozessrecht*, n. 105; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 39 e 40 ad art. 160 CPC; SCHMID, *BSK ZPO*, n. 61 ad art. 160 CPC.

L'applicazione di tali principi nell'ambito della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non mi sembra comporti particolari problematiche, gli stessi tornando operanti analogamente a quanto avviene nell'ambito del processo di merito. 497

III. Mezzi di prova ammissibili e relativa amministrazione

1. In generale

L'art. 158 CPC non prevede regole specifiche in merito ai mezzi di prova suscettibili di essere assunti in via cautelare e in particolare non ne esclude l'assunzione di alcuni⁸⁴¹. Se ne potrebbe dunque concludere che tutti i mezzi di prova previsti dall'art. 168 CPC siano assumibili anche in via anticipata. Se una parte della dottrina giunge a tale conclusione, postulando per la possibilità di assumere ogni tipo di mezzo di prova in applicazione dell'art. 158 CPC⁸⁴², alcuni autori e parte della giurisprudenza sembrano di contro mantenere un certo riserbo per rapporto ad alcune tipologie di prove, in particolare per quanto attiene all'interrogatorio o alla deposizione di una parte ed all'edizione di documenti da una parte⁸⁴³. Quanto al Tribunale federale, quest'ultimo ha indicato in una propria decisione - che tuttavia non portava sulla tematica specifica della tipologia di prove ammissibili e non ha approfondito particolarmente la questione - che in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare possono essere amministrati tutti i mezzi di prova ammessi dal codice di rito agli artt. 168 segg. CPC⁸⁴⁴. 498

Qui di seguito la questione verrà dunque approfondita con riferimento ad alcuni mezzi di prova previsti dal CPC, la cui assunzione anticipata è suscettibile di manifestare peculiarità meritevoli di attenzione particolare. A mente di chi scrive, per quanto attiene invece all'ispezione oculare⁸⁴⁵ ed alla raccolta di 499

⁸⁴¹ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 30 ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 944; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. IV.

⁸⁴² TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1068; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. IV; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkommentar*, n. 8 ad art. 158 CPC; SCHWANDER, *Befragungstechnik*, pag. 204; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 86.

⁸⁴³ KGer GR, ZK21210, del 3 maggio 2012, consid. 6baa; II CCA TI, 12.2011.115, del 28 ottobre 2011, consid. 9.1 - 9.2; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 311; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 30 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 16 ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 945; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 18 ad art. 158 CPC.

⁸⁴⁴ DTF 142 III 40, consid. 3.1.2.

⁸⁴⁵ Artt. 168 cpv. 1 lett. c e 181 - 182 CPC.

informazioni scritte⁸⁴⁶, la relativa amministrazione anticipata non risulta foriera di particolari problematiche meritevoli di specifico approfondimento, ragione per cui si è deciso di non trattare gli stessi in modo approfondito.

2. Edizione di documenti

A) In generale

- 500 In applicazione dei combinati artt. 168 cpv. 1 lett. b e 160 cpv. 1 lett. b CPC, tra i mezzi di prova previsti dal CPC vi è l'edizione di documenti, sia questa richiesta ad una parte o ad un terzo⁸⁴⁷. Da un punto di vista generale, l'edizione di documenti dalla controparte o da un terzo può essere richiesta anche nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare⁸⁴⁸.
- 501 L'istante potrà dunque domandare che la futura potenziale controparte o un terzo siano astretti a produrre della documentazione, la quale andrà tuttavia indicata in modo preciso e dettagliato nella domanda, onde evitare che la stessa si esaurisca in una sorta d'inquisizione indiscriminata e vietata⁸⁴⁹. Sull'onere di allegazione e specificazione del richiedente si rinvia qui integralmente a quanto in precedenza indicato con riferimento al divieto dell'*Ausforschungsbeweis*⁸⁵⁰.

B) Obbligo per una parte di produrre documenti richiesti in edizione

- 502 Secondo alcuni autori, allo stadio della procedura di assunzione cautelare di mezzi di prova, nel caso in cui il processo di merito non è ancora pendente e si tratta di valutare le possibilità di esito favorevole di una futura causa, l'istante, per fondare il proprio diritto di edizione di documenti dalla controparte, dovrebbe comprovare un suo diritto materiale all'ottenimento di tali documenti, rispettivamente procedere con l'introduzione di una specifica procedura di merito in applicazione dell'art. 85 CPC (*actio ad exhibendum*)⁸⁵¹. A mente di tale corrente dottrinale, se il procedimento di merito non è ancora pendente, il

⁸⁴⁶ Artt. 168 cpv. 1 lett. e e 190 CPC.

⁸⁴⁷ GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 1; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 319; STAEHELIN/STAEHELIN/ GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 106; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 202; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 180 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 840; HAFTER, *Strategie*, pagg. 373 segg.

⁸⁴⁸ FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 106; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 16 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. IV; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1069; GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 35.

⁸⁴⁹ Anche definita *pre-trial discovery*, *Ausforschungsbeweis* o *fishing expedition*.

⁸⁵⁰ Cfr. infra n. 252 - 254.

⁸⁵¹ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 31 ad art. 158 CPC; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkommentar*, n. 5 ad art. 158 CPC.

richiedente non potrebbe, infatti, fondare il suo diritto all'edizione di documenti sull'art. 160 cpv. 1 lett. b CPC, disciplinante l'obbligo di cooperazione della controparte⁸⁵². Tale soluzione rispecchia la prassi cantonale dominante in vigore prima dell'introduzione del CPC⁸⁵³.

Tale prassi deve tuttavia ritenersi superata dall'introduzione nel CPC dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare, il quale non pone limiti particolari riferiti al mezzo di prova dell'edizione documentale. Un eventuale diritto materiale all'edizione di documenti da parte della controparte - da fare valere con una procedura ordinaria, o, in caso di pretesa particolarmente liquida, in procedura sommaria di tutela giurisdizionale nei casi manifesti⁸⁵⁴ - sussiste indipendentemente dalla facoltà di chiedere un'edizione di documenti in applicazione dell'art. 158 CPC, senza doversi riferire ad un tale diritto sostanziale⁸⁵⁵. Anzi, un tale diritto non può nemmeno essere allegato dal procedente per ottenere una coercizione della controparte a produrre la documentazione richiesta⁸⁵⁶. Al riguardo il Tribunale federale ha infatti chiarito che un diritto d'informazione fondato sul diritto materiale va fatto valere nell'ambito di una procedura di merito, sia essa sommaria od ordinaria, nella quale il giudice si china con pieno potere di cognizione sulla richiesta di tutela giurisdizionale dell'attore o istante, decidendo sull'esistenza di diritti e doveri delle parti derivanti dal diritto materiale⁸⁵⁷, ciò che invece non è tenuto a fare in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, governata da una logica di verosimiglianza e volta unicamente all'assunzione di un mezzo di prova in via anticipata⁸⁵⁸.

Si tratta in altri termini di due vie diverse e ove il procedente decida di imboccare quella dell'art. 158 CPC non potrà poi pretendere dal giudice una decisione su di un suo diritto informativo concessogli dal diritto materiale per ottenere la produzione dalla controparte di determinati documenti, ma dovrà accontentarsi degli strumenti specifici previsti dal CPC. Per il resto, come già

⁸⁵² FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 31 ad art. 158 CPC.

⁸⁵³ BÜHLER/EDELMANN/KILLER, *Aargauische ZPO*, § 211, n. 4; STUDER/RÜEGG/EIHZOLZER, *Luzerner Zivilprozess*, § 228, n. 3; FRANK/STRÄULI/MESSMER, *Zürcherische ZPO*, § 231, n. 3; WALDMANN, *Informationsbeschaffung*, pag. 295 nota 1485; SPÜHLER/VOCK, *Urkundenedition*, pag. 44.

⁸⁵⁴ Art. 257 CPC.

⁸⁵⁵ In tal senso: MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 307; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V; TREZZINI, *Celerità*, pag. 93; BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 4; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 88; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 18 e nota 29 ad art. 158 CPC *lasciato indeciso da*: ARTER/DAHORTSANG, *4A_688/2011*, pag. 1159.

⁸⁵⁶ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 88.

⁸⁵⁷ DTF 141 III 564, consid. 4.2.2; TF 4A_288/2012, decisione del 9 ottobre 2012, consid. 4, non pubblicato in DTF 138 III 728.

⁸⁵⁸ Sul tema e le differenze tra i due procedimenti cfr. infra n. 130 - 131 e 268 - 271.

dianzi indicato⁸⁵⁹, non vedo delle ragioni giustificate per cui l'art. 160 cpv. 1 lett. b CPC non debba trovare applicazione pure nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare.

- 505 Peraltro, non sempre la via concessa dall'art. 158 CPC è alternativa all'introduzione di un processo informativo di merito. Lo può essere nel caso in cui il procedente intende imporre una sua pretesa pecuniaria, per la cui dimostrazione necessita di determinati documenti nelle mani della controparte. In questo caso egli potrà, alternativamente, valutare se procedere all'introduzione di una domanda di rendiconto, funzionale ad una domanda di condanna della controparte al pagamento di una somma in denaro, se del caso nella forma dell'azione scalare⁸⁶⁰, oppure postulare l'edizione documentale con la via processuale concessa dall'art. 158 CPC. Laddove invece il procedente miri unicamente all'ottenimento delle informazioni, a prescindere da una condanna del convenuto ad una determinata prestazione, la via dell'art. 158 CPC non sarà aperta, non potendo egli ottenere l'edizione in via cautelare di determinati documenti affacciando una pretesa di natura meramente informativa⁸⁶¹. In questo caso l'assunzione di prove in via cautelare avrebbe, infatti, un inammissibile effetto anticipatorio sul merito⁸⁶².
- 506 A ciò si aggiunga che pure la tipologia di documenti ottenibili con le due differenti procedure è in parte diversa. Già si è detto che una domanda di edizione di documenti di natura processuale non deve trascendere in un'inammissibile inquisizione⁸⁶³, mentre una domanda d'informazione non soggiace di principio ad un tale limite aprioristico⁸⁶⁴. D'altro canto, il processo informativo è limitato all'ottenimento di quei documenti che possono essere oggetto di rendiconto. Ciò comporta, per esempio, che tra i documenti interni di una banca possono essere ottenuti solo quegli atti necessari e utili al controllo dell'attività del mandatario⁸⁶⁵.
- 507 Da ultimo, mi sembra importante pure menzionare anche qui la problematica dell'apparente assenza di mezzi coercitivi permettenti di ottenere, nell'ambito della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, una fattiva collaborazione della controparte. Sul tema si rinvia a quanto più diffusamente esposto nel capitolo dedicato all'onere di collaborazione del convenuto⁸⁶⁶.

⁸⁵⁹ Cfr. n. 486.

⁸⁶⁰ Cfr. n. 284.

⁸⁶¹ TF 4A_288/2012, decisione del 9 ottobre 2012, consid. 4, non pubblicato in DTF 138 III 728; cfr. infra n. 272 - 275.

⁸⁶² Cfr. infra n. 272 - 275.

⁸⁶³ Cfr. n. 501.

⁸⁶⁴ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 774.

⁸⁶⁵ DTF 141 III 564, consid. 4.2.1; DTF 139 III 49, consid. 4.1.3.

⁸⁶⁶ Cfr. infra n. 481 - 489.

3. Audizione testimoniale

A) In generale

L'audizione di testimoni, codificata agli artt. 168 cpv. 1 lett. a e 169 - 176 CPC, 508
può essere senz'altro oggetto di una richiesta di assunzione di prove a titolo
cautelare⁸⁶⁷.

Da un punto di vista generale le modalità di assunzione del mezzo di prova 509
testimoniale sono quelle previste agli artt. 170 - 176 CPC ed il fatto che
l'amministrazione della prova avvenga in via anticipata non pone particolari
problemi.

B) Onere di formulare le domande ai testimoni

Considerata la natura particolare della procedura di assunzione di prove a titolo 510
cautelare, e ritenuto in particolare che spesso, a questo stadio della lite, il giudice
non ha una conoscenza approfondita della fattispecie soggiacente alla richiesta
di tutela giurisdizionale, la quale è di norma limitata alle allegazioni che le parti
hanno il compito di specificare, a differenza di quanto avviene nel processo di
merito - ove di principio il compito di formulare le domande ai testi è lasciato al
giudice⁸⁶⁸ - incombe al richiedente il compito di indicare, nella sua domanda, i
quesiti da sottoporre al testimone di cui è chiesta l'escussione⁸⁶⁹.

Nella propria istanza di assunzione di prove a titolo cautelare il richiedente 511
dovrà dunque inserire un catalogo contenente le domande da porre ai testimoni
di cui è chiesta l'audizione, ciò che permetterà pure al giudice di valutare se il
tema probatorio è pertinente per rapporto ad un futuro processo di merito e se
dunque sono adempiuti i presupposti materiali dell'art. 158 CPC.

Dal canto suo, il convenuto avrà a sua volta, nella propria presa di posizione 512
scritta o orale, il compito - ove intenda sollecitare il teste su alcuni aspetti
specifici - di formulare delle controdomande o delle domande complete,

⁸⁶⁷ SCHWANDER, *Befragungstechnik*, pag. 205; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 106; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 16 ad art. 158 CPC; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 8 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. IV; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1068.

⁸⁶⁸ Art. 172 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 831; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 141; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 842; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 92; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 172 CPC; WEIBEL/WALZ, *Kommentar ZPO*, n. 1 ad art. 172 CPC.

⁸⁶⁹ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 942; SCHWANDER, *Befragungstechnik*, pag. 205; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1075; HAFTER, *Strategie*, pag. 384; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 28 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 26c ad art. 158 CPC; STAEHELIN/SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht BS-BL*, pag. 183; FINK, *Private Zeugenbefragung*, n. 461; *contra*: DOMEJ, *Hoffnung*, pagg. 84 - 85.

badando eventualmente, ove il tema probatorio ne risulti ampliato, ad allegare e specificare a sua volta l'adempimento dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC⁸⁷⁰.

4. Interrogatorio e deposizione di una parte

A) Ammissibilità

- 513 L'interrogatorio e la deposizione delle parti - mezzi di prova previsti dall'art. 168 cpv. 1 lett. f CPC - sono disciplinati dagli artt. 191 - 193 CPC. I due mezzi di prova in questione si distinguono per il grado di formalità che raggiungono⁸⁷¹. L'interrogatorio di una parte avviene, infatti, sotto la comminatoria di una semplice multa disciplinare in caso di dichiarazione deliberatamente mendace⁸⁷², mentre la sanzione prevista nell'ambito della deposizione di una parte è quella penale di cui all'art. 306 CP⁸⁷³. Il ricorso alla seconda tipologia di prova è tuttavia lasciato alla valutazione del giudice, il quale dovrà d'ufficio determinare se farvi capo o meno⁸⁷⁴.
- 514 Alcuni autori ritengono che l'interrogatorio o la deposizione di una parte siano dei mezzi di prova la cui assunzione non potrebbe essere richiesta in applicazione dell'art. 158 CPC, perlomeno ove si tratti soltanto di chiarire le possibilità di esito favorevole di un futuro procedimento⁸⁷⁵. A tale soluzione, la quale equivale peraltro a quella in larga misura conosciuta a livello cantonale prima dell'introduzione del CPC⁸⁷⁶, si è pure allineata la giurisprudenza

⁸⁷⁰ Cfr. n. 385; FINK, *Private Zeugenbefragung*, n. 462.

⁸⁷¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 136; VOUILLOZ, *Preuve*, pagg. 847 e 848; HAFNER, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 191 CPC.

⁸⁷² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 136; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 848; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 153; WEIBEL/WALZ, *Kommentar ZPO*, n. 15 ad artt. 191 - 192 CPC; BÜHLER, *BK ZPO*, n. 82 - 86 ad artt. 191 - 192 CPC.

⁸⁷³ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 137; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 848; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 153; WEIBEL/WALZ, *Kommentar ZPO*, n. 16 ad artt. 191 - 192 CPC; BÜHLER, *BK ZPO*, n. 87 - 89 ad artt. 191 - 192 CPC.

⁸⁷⁴ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 897; WEIBEL/WALZ, *Kommentar ZPO*, n. 11 ad artt. 191 - 192 CPC; HAFNER, *BSK ZPO*, n. 3 ad art. 192 CPC; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 153; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 137; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 6 ad artt. 191 - 193 CPC.

⁸⁷⁵ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 30 ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 18 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 311; SCHMID, *Gesuchsgegner*, pag. 631.

⁸⁷⁶ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 2a ad art. 222 CPC/BE; FRANK/STRÄULI/MESSMER, *Zürcherische ZPO*, § 231, n. 3; BERGER/GÜNGERICH, *Zivilprozessrecht*, pag. 241; per un'applicazione solo in casi estremamente eccezionali: SCHWANDER, *Befragungstechnik*, pag. 204.

cantonale ticinese⁸⁷⁷. La giustificazione di una tale esclusione è principalmente quella per cui una parte non possa essere condotta a intaccare o ridurre le proprie possibilità di difesa o a limitare le possibilità di conduzione del procedimento prima che sia avviata la procedura giudiziaria di merito⁸⁷⁸.

Altri autori limitano invece l'esclusione alla deposizione di parte, la quale potrebbe essere ordinata d'ufficio soltanto dal giudice investito della causa di merito⁸⁷⁹. Altri ancora, riferendosi all'assenza di limitazione dei mezzi di prova nel testo legale, postulano invece per un'ammissibilità sia dell'interrogatorio che della deposizione di parte⁸⁸⁰. 515

Dal mio punto di vista, un'esclusione dei mezzi di prova in discussione da quelli assumibili nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non appare giustificata. Come rettamente rileva SCHWEIZER⁸⁸¹, i potenziali aspetti problematici di un'ammissione, già in via cautelare, della possibilità di amministrare la prova dell'interrogatorio e/o della deposizione di una parte erano noti al legislatore, il quale, nell'introduzione dell'art. 158 nel CPC, si è largamente ispirato al Codice di procedura civile bernese, che già prevedeva l'esclusione di tali mezzi di prova da quelli assumibili in via anticipata⁸⁸². Il silenzio del legislatore federale va dunque interpretato piuttosto come qualificato, ragione per cui non mi sembra vi sia spazio per un'esclusione da parte del giudice dei mezzi di prova in discussione. 516

Il rischio che una parte possa essere condotta a intaccare o ridurre le proprie possibilità di difesa o a limitare le possibilità di conduzione del procedimento prima che sia avviata la procedura giudiziaria di merito, mi sembra debba poi essere relativizzato, considerato che il ricorso all'assunzione di prove a titolo cautelare è possibile solo in casi determinati, laddove l'istante renda verosimile l'adempimento dei presupposti legali voluti dal legislatore, il quale, in questi casi, ha inteso riconoscere a quest'ultimo un interesse degno di protezione all'ottenimento di alcune prove in via anticipata. Il fatto che, in applicazione dell'art. 158 CPC, l'istante possa procacciarsi un determinato capitale probatorio, eventualmente sfavorevole al convenuto, è un aspetto insito in tale 517

⁸⁷⁷ II CCA TI, 12.2011.115, del 28 ottobre 2011, consid. 9.1.

⁸⁷⁸ II CCA TI, 12.2011.115, del 28 ottobre 2011, consid. 9.1; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 18 ad art. 158 CPC; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 311; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC; SCHMID, *Gesuchsgegner*, pag. 631.

⁸⁷⁹ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 16 ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 945.

⁸⁸⁰ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. IV; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 86.

⁸⁸¹ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. IV, nota 42.

⁸⁸² Art. 222 CPC/BE.

strumento⁸⁸³, che mi sembra peraltro non dipenda necessariamente dalla tipologia di prova amministrata.

- 518 Quanto poi al fatto che incombe al giudice l'onere di decidere d'ufficio se procedere nella forma della deposizione di parte, nulla osta, secondo la mia opinione, al fatto che, confrontato con una domanda in tal senso del richiedente, egli esperisca una tale valutazione già in sede di procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. Al riguardo, SCHMID⁸⁸⁴ rileva tuttavia come il giudice, allo stadio della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, non sarebbe a conoscenza delle precise allegazioni delle parti e degli altri mezzi di prova, ragione per cui una valutazione della necessità di ricorrere alla deposizione di parte non sarebbe possibile. Ora, dal mio punto di vista, non si può disconoscere che la problematica evocata, almeno in parte, sussiste. La stessa credo vada tuttavia relativizzata e precisata. Prima di tutto, quanto adombrato si limita a quei casi in cui l'assunzione di prove a titolo cautelare precede la causa di merito, mentre la problematica risulta più sfumata nel caso in cui la stessa si sovrapponga al processo principale. In second'ordine, il fatto che il giudice non sia a conoscenza delle precise allegazioni delle parti e degli altri mezzi di prova, credo sia semplicemente un elemento che deve semmai condurre il medesimo a preferire, allo stadio dell'assunzione di prove a titolo cautelare, il semplice interrogatorio di parte alla deposizione. In altri termini, non penso che gli aspetti evocati dal citato autore siano un motivo per negare apoditticamente la possibilità di amministrare il mezzo di prova della deposizione di parte già a titolo cautelare. Difatti, gli stessi non vanno trattati alla stregua di elementi che impediscono la valutazione complessiva del giudice, quanto piuttosto come peculiarità che devono essere ponderate in tale valutazione. È però in questo senso vero che, viste le singolarità indicate - laddove la procedura ex art. 158 CPC precede la causa di merito - la valutazione esperita dal giudice lo condurrà spesso a preferire il semplice interrogatorio di parte, rinviando l'eventuale deposizione al futuro processo principale.
- 519 Anche qui mi sembra tuttavia importante menzionare la problematica dell'apparente assenza di mezzi coercitivi permettenti di ottenere, nell'ambito della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, una fattiva collaborazione della controparte. Sul tema si rinvia a quanto più diffusamente esposto nel capitolo dedicato all'onere di collaborazione del convenuto⁸⁸⁵.

B) Onere di formulare le domande

- 520 Per quanto attiene alla modalità di assunzione di tali mezzi di prova, la relativa amministrazione avviene di principio in conformità agli artt. 191 -193 CPC.

⁸⁸³ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1078.

⁸⁸⁴ SCHMID, *Gesuchsgegner*, pag. 631.

⁸⁸⁵ Cfr. infra n. 481 - 489.

Anche in questo caso, tuttavia, stante la particolarità della procedura di assunzione anticipata di prove, appare giustificato che il procedente provveda a redigere le domande da sottoporre alla parte interrogata, rispettivamente sottoposta a deposizione⁸⁸⁶.

Nella propria istanza di assunzione di prove a titolo cautelare, il richiedente dovrà dunque inserire un catalogo contenente le domande da porre alla parte di cui è chiesta l'audizione, ciò che permetterà pure al giudice di valutare se il tema probatorio è pertinente per rapporto ad un futuro processo di merito e se dunque i presupposti materiali di cui all'art. 158 CPC sono adempiuti. 521

Delle domande complete della controparte dovrebbero pure di principio entrare in linea di conto, stante il suo diritto di partecipare all'assunzione delle prove. Di contro domande che estendessero il tema probatorio sono dal mio punto di vista escluse, già solo per il fatto che una parte non ha alcun interesse degno di protezione ad interrogare sé stessa in una fase preprocessuale⁸⁸⁷. 522

Infine, mi sembra interessante rilevare che, il fatto che le domande da porre alla parte di cui è chiesta l'audizione siano già note al momento della presentazione dell'istanza, è un aspetto suscettibile di avere un impatto in termini di perdita di genuinità nell'amministrazione del mezzo di prova, ritenuto che quella parte potrebbe preparare anticipatamente le risposte da fornire all'udienza di interrogatorio o deposizione. Per ovviare a tale problematica mi sembra pertanto opportuno che le domande da porre alla parte interrogata vengano allegate all'istanza, su di un supporto a parte, di modo che il giudice le potrà notificare alla medesima separatamente, solo in occasione dell'udienza in cui procede all'interrogatorio o alla deposizione⁸⁸⁸. 523

5. Perizia giudiziaria

A) In generale

Tra i più importanti mezzi di prova previsti dal CPC⁸⁸⁹ vi è senza dubbio la perizia giudiziaria, la cui amministrazione è disciplinata dagli artt. 183 - 189 CPC. Tale mezzo di prova assume una valenza particolare pure nell'ambito della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare⁸⁹⁰, il medesimo essendo spesso il più idoneo a fotografare una situazione in caso di rischio di modifica dello stato di fatto (si pensi per esempio ad un immobile che minaccia di crollare oppure ad un'opera difettosa che necessita di una veloce riparazione), 524

⁸⁸⁶ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1075; HAFTER, *Strategie*, pag. 384.

⁸⁸⁷ SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 158 CPC.

⁸⁸⁸ Analogamente a quanto avveniva giusta l'art. 275 CPC/TI.

⁸⁸⁹ Art. 168 cpv. 1 lett. d CPC.

⁸⁹⁰ Sull'importanza e la valenza della perizia cfr.: DTF 140 III 24, consid. 3.3.3; DTF 140 III 16, consid. 2.5.

rispettivamente risulta in numerosi casi di notevole interesse ai fini di determinare le possibilità di esito favorevole di un futuro processo (si pensi per esempio ad una perizia medica volta a determinare la causalità tra un incidente stradale e delle patologie mediche).

- 525 D'altro canto, già i codici di diritto processuale cantonale che non conoscevano uno strumento ampio simile a quello attualmente codificato all'art. 158 CPC, prevedevano quantomeno la possibilità di assumere una perizia in via anticipata in caso di rischio di perdita del mezzo di prova, rispettivamente, in alcuni casi, con lo scopo di valutare le possibilità di esito favorevole di un futuro processo⁸⁹¹, riconoscendo dunque l'importanza di tale mezzo di prova.
- 526 Da un punto di vista generale, basta qui ricordare che la perizia giudiziaria è un contributo di esperienza particolare alla formazione del giudizio, la quale favorisce la ricerca di elementi di giudizio ed agevola l'interpretazione di fatti, cause ed effetti che richiedono conoscenze speciali⁸⁹². Esulano invece dallo scopo della perizia le questioni di diritto, la cui soluzione deve essere trovata dal giudice e non dal perito⁸⁹³. Per il resto, la perizia va intesa sotto un duplice aspetto, e meglio quale valutazione di fatti già probatoriamente acquisiti e, diversamente, quale fonte oggettiva di prova, nel senso di un accertamento di meri fatti, quando ciò è possibile solo con il ricorso a determinate cognizioni tecniche⁸⁹⁴.

B) Distinzione dalla perizia di parte

- 527 Una perizia giudiziaria assunta in via cautelare si distingue chiaramente da una perizia di parte, con riferimento al suo valore probatorio. Secondo il Tribunale federale, un referto sollecitato privatamente da una parte - il quale viene assunto

⁸⁹¹ Cfr. per esempio: art. 446 CPC/TI, art. 261 CPC/FR, art. 249 CPC/VD; art. 231 CPC/ZH; art. 228 CPC/LU; art. 199 CPC/SG; art. 190 CPC/BL; art. 209 CPC/AG; art. 209 CPC/GR.

⁸⁹² COCCHI/TREZZINI, *CPC-TI*, n. 2 ad art. 247 CPC/TI; SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 11 ad art. 183 CPC; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 4 ad art. 183 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 1 e 2 ad art. 183 CPC; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 183 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 116; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 844; REETZ/VORBURGER, *Gutachten*, pag. 212.

⁸⁹³ DTF 130 I 337, consid. 5.4.1; DTF 113 II 429, consid. 3a; DTF 113 II 201, consid. 1a; TF 4A_230/2013, decisione del 17 settembre 2013, consid. 3; TF 4A_137/2012, decisione del 16 luglio 2012, consid. 3; COCCHI/TREZZINI, *CPC-TI*, n. 1 ad art. 247 CPC/TI; REETZ/VORBURGER, *Gutachten*, pag. 213; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 862; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 5 ad art. 183 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 4 ad art. 183 CPC; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 183 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 117; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 844; REETZ/VORBURGER, *Gutachten*, pag. 213.

⁸⁹⁴ COCCHI, *Perizia giudiziaria*, pag. 161; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 863; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 183 CPC.

senza il coinvolgimento della controparte e in difetto delle garanzie scaturenti dalla procedura descritta agli artt. 183 - 189 CPC - non è un mezzo di prova, bensì unicamente un'allegazione di parte⁸⁹⁵. Nella misura in cui è contestata dalla controparte, una tale perizia - la quale non rientra nel catalogo delle prove indicate all'art. 168 cpv. 1 CPC - non ha dunque alcun valore probatorio⁸⁹⁶. Di contro, una perizia cautelare, seppur assunta in un contesto sommario, è uno strumento perfettamente adeguato ad una corretta valutazione delle possibilità di esito favorevole di un futuro eventuale processo di merito, rispettivamente si appalesa come idonea a fotografare una situazione suscettibile di improvvisa mutazione. La stessa, come ricordato, viene, infatti, assunta conformemente a determinati parametri procedurali⁸⁹⁷ ed ha l'importante pregio di scaturire da un procedimento contenzioso nel quale il diritto di essere sentita della controparte ne risulta garantito, ragione per cui la sua qualità probatoria è certamente apprezzabile⁸⁹⁸.

D'altro canto, l'importanza e l'interesse di una perizia assunta in via cautelare è dimostrato dalla casistica con cui sino ad oggi i tribunali sono stati confrontati. La grande maggioranza dei casi trattati in applicazione dell'art. 158 CPC riguardava, infatti, casi in cui era richiesto l'allestimento di un referto peritale in via anticipata⁸⁹⁹. Tale circostanza è certamente motivata dall'indicata inidoneità probatoria di una mera perizia di parte, ciò che conferisce dignità e imprescindibilità allo strumento della perizia assunta in applicazione dell'art. 158 CPC. 528

C) Perizia ordinaria o perizia sommaria?

Secondo la dottrina e la giurisprudenza, la perizia assunta in applicazione dell'art. 158 CPC assurge a classica perizia giudiziaria, avente pieno valore probatorio⁹⁰⁰. La stessa, di principio, è dunque una classica perizia "ordinaria", 529

⁸⁹⁵ DTF 141 III 433, consid. 2.6; DTF 140 III 24, consid. 3.3.3; DTF 140 III 16, consid. 2.5; DTF 132 III 83, consid. 3.6; DTF 127 I 73, consid. 3fbb; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 11 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pagg. 111 e 112.

⁸⁹⁶ DTF 141 III 433, consid. 2.6; cfr. tuttavia, per una perizia privata commissionata da entrambe le parti, n. 196.

⁸⁹⁷ Che mirano, tra l'altro, a garantire l'indipendenza del perito, aspetto che assume particolare centralità per rapporto alla valenza del mezzo di prova in discussione.

⁸⁹⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1071; FELLMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 112.

⁸⁹⁹ Non è dunque un caso che, dei casi trattati dal Tribunale federale, la grande maggioranza si riferiva a fattispecie in cui era richiesto l'allestimento di una perizia cautelare.

⁹⁰⁰ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 28 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89; DTF 142 III 40, consid. 3.1.3; DTF 140 III 24, consid. 3.3.3.

simile a quella che verrebbe assunta nell'ambito della procedura di merito⁹⁰¹. Oltre ad una tale perizia "ordinaria", esiste tuttavia pure l'istituto della c.d. perizia sommaria, mezzo di prova idoneo ad un'amministrazione in una procedura rapida e semplice⁹⁰², tra cui pure i procedimenti di natura cautelare⁹⁰³. Mi sembra pertanto interessante domandarsi se quest'ultima tipologia di perizia, più celere ed economica, non debba essere preferita pure nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, considerato non da ultimo il rinvio alla procedura cautelare disposto dall'art. 158 cpv. 2 CPC.

- 530 A mente di TREZZINI⁹⁰⁴, la risposta dovrebbe essere positiva. Questo poiché lo scopo dell'art. 158 CPC non sarebbe quello di anticipare le risultanze dell'eventuale processo di merito o di rimediare alle sue carenze procedurali, bensì quello di consegnare nelle mani dell'istante dei mezzi di prova con qualità sufficiente per farlo eventualmente recedere dai suoi propositi di causa o, specularmente, di contestazione ad oltranza. La perizia sommaria apparirebbe perfettamente idonea a tale fine, poiché assunta con tutte le ritualità giurisdizionali necessarie.
- 531 L'opinione del citato autore mi sembra interessante, perlomeno laddove l'assunzione di una perizia a titolo cautelare sia giustificata dall'esigenza di valutazione delle prospettive processuali, ambito applicativo a cui peraltro le riflessioni da lui esposte si limitano. In altri termini, dal mio punto di vista, la perizia sommaria costituisce una valida alternativa alla classica perizia "ordinaria", in quei casi in cui il richiedente allega un proprio interesse degno di protezione, individuabile nella necessità di valutare le possibilità di esito favorevole di un'eventuale causa di merito. In questo caso l'assunzione di un referto più semplice e rapido potrebbe essere perfettamente sufficiente alle esigenze dell'istante, con il vantaggio non indifferente di permettere un contenimento di costi e tempistiche⁹⁰⁵. Più delicata è la questione a sapere se il giudice possa imporre all'istante l'assunzione di un referto sommario, nel caso in cui quest'ultimo insista per l'amministrazione di una classica perizia giudiziaria e sia disposto ad assumersi le relative conseguenze economiche e di

⁹⁰¹ Seppur con i limiti dettati dal fatto d'innestarsi in un oggetto litigioso soltanto abbozzato.

⁹⁰² Nel cui ambito i mezzi di prova assumibili sono limitati dall'art. 254 CPC.

⁹⁰³ DTF 137 III 324, consid. 3.2.2; DTF 132 III 83, consid. 3.4; DTF 103 II 287, consid. 2; GÜNGERICH, *BK ZPO*, n. 4 ad art. 254 CPC; MAZAN, *BSK ZPO*, n. 7 ad art. 254 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 417 - 419; TREZZINI, *Contributo della vicenda Nespresso ai provvedimenti cautelari*, pag. 274; TREZZINI, *Perito negli art. 265 e 158 CPC*, pagg. 496 segg.

⁹⁰⁴ TREZZINI, *Perito negli art. 265 e 158 CPC*, pag. 501; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1070 - 1071.

⁹⁰⁵ Sull'utilizzabilità di tale mezzo di prova nella procedura di merito, cfr. tuttavia n. 765 - 766.

tempo. La questione è in sostanza quella di sapere se il giudice possa negare l'assunzione di un referto più completo, laddove un referto sommario sarebbe sufficiente a soddisfare l'interesse degno di protezione dell'istante. La risposta penso debba essere negativa, poiché ritengo che, una volta dimostrato l'adempimento dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC e dei classici presupposti processuali, il richiedente abbia diritto all'amministrazione di un mezzo di prova tra quelli elencati all'art. 168 cpv. 1 CPC, senza particolari limitazioni⁹⁰⁶, le quali ad oggi non sono in ogni caso desumibili dal testo legale, rispettivamente dalla giurisprudenza federale, la quale anzi ha più volte equiparato la perizia assunta in via cautelare a quella da assumere nel merito, per quanto attiene al relativo valore probatorio⁹⁰⁷.

Al contrario, l'istituto della perizia sommaria non mi sembra idoneo in quei casi in cui il ricorso all'art. 158 CPC sia giustificato dal rischio di scomparsa del mezzo di prova, che in materia peritale si manifesta con il rischio di modificazione dello stato di fatto oggetto di prova. In questa costellazione, l'assunzione di un referto sommario non è, infatti, sufficiente a porre rimedio all'impossibilità di assumere la perizia allo stadio classico dedicato all'istruttoria di merito, proprio poiché una simile perizia, retta anche da logiche di verosimiglianza⁹⁰⁸, non è idonea a comprovare delle pretese derivanti dal diritto materiale in un processo dove vige una logica di prova piena e non può dunque sostituirsi alla classica perizia "ordinaria". 532

D) Onere di porre le domande al perito

L'assunzione di una perizia a titolo cautelare ubbidisce alle regole generali codificate agli artt. 183 - 189 CPC. Come già indicato con riferimento alle domande da porre alle parti ed ai testi, anche in questo caso occorre tuttavia ricordare che, a tale stadio della procedura - non essendo l'oggetto della lite ancora determinato con precisione ed incombendo dunque al richiedente l'onere di fornire le indicazioni necessarie al riguardo - il compito di formulare i quesiti da sottoporre al perito, contrariamente a quanto avviene nella procedura di merito⁹⁰⁹, incombe *in primis* alle parti in causa⁹¹⁰. Ciò non toglie, tuttavia, che il 533

⁹⁰⁶ Così anche: SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 4.

⁹⁰⁷ DTF 142 III 40, consid. 3.1.3; DTF 140 III 24, consid. 3.3.3.

⁹⁰⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 523.

⁹⁰⁹ Art. 185 cpv. 1 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 878; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 185 CPC; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 185 CPC; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 5 ad art. 185 CPC; REETZ/VORBURGER, *Gutachten*, pag. 215; VOUILLOZ, *Preuve*, pag. 844; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 120.

⁹¹⁰ DTF 140 III 16, consid. 2.2.3; TF 4A_322/2012, decisione del 21 febbraio 2013, consid. 2.2.2; OGer ZH, LF120012, del 9 maggio 2012, consid. 3; HGer ZH, HE120145, del 24 aprile 2012, pubblicata in ZR 111/2012, pag. 187, consid. 4; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1074; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweis-*

compito di decidere dell'ammissibilità dei quesiti peritali e di scegliere il perito resta di esclusiva competenza del giudice⁹¹¹, il quale vi provvederà normalmente contestualmente alla decisione di ammissione o meno della domanda ex art. 158 CPC.

- 534 L'istante dovrà dunque badare ad allegare, alla propria domanda ex art. 158 CPC, un formulario contenente le domande che propone di sottoporre al perito. Dal canto suo la controparte avrà la possibilità di formulare nella propria presa di posizione scritta o orale delle controdomande o delle domande complete, badando eventualmente, ove il tema probatorio ne risulti ampliato, ad allegare e specificare a sua volta l'adempimento dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC⁹¹².
- 535 Quanto al contenuto delle domande ed alla loro formulazione valgono le regole generali applicabili anche nella fase istruttoria del processo principale. I quesiti dovranno dunque essere chiari, precisi e non suggestivi⁹¹³ e, come già indicato in precedenza, portare esclusivamente su questioni di fatto, ad esclusione degli aspetti di diritto.

E) Completamento e delucidazione peritale

a) Principio

- 536 Giusta l'art. 187 cpv. 4 CPC, ricevuto il referto, il giudice dà modo alle parti di chiedere la delucidazione o il completamento della perizia. Tale classico meccanismo, che è un corollario del diritto di essere sentiti⁹¹⁴, trova piena applicazione anche in sede di assunzione di prove a titolo cautelare⁹¹⁵.

abnahme, pto. IV; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 26c ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 28 ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 942; STAEHLIN/SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht BS-BL*, pag. 183; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1487; REETZ, *Verantwortung*, pagg. 240 segg.; HURNI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 89; TREZZINI, *Perito negli art. 265 e 158 CPC*, pag. 502; *contra*: DOMEJ, *Hoffnung*, pagg. 84 - 85.

⁹¹¹ DTF 140 III 24, consid. 3.3.4; DTF 140 III 16, consid. 2.2.3; DTF 139 III 33, consid. 4.3; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1074; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 30a ad art. 158 CPC; HURNI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 89; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 30 ad art. 158 CPC.

⁹¹² Cfr. n. 385.

⁹¹³ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 30a ad art. 158 CPC; REETZ/VORBURGER, *Gutachten*, pagg. 215 - 216.

⁹¹⁴ DOLGE, *BSK ZPO*, n. 7 ad art. 187 CPC; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 12 ad art. 187 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 10 ad art. 187 CPC; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 4 ad art. 187 CPC.

⁹¹⁵ HGer ZH, HE130008, del 7 maggio 2013, pubblicata in ZR 112/2013, pag. 217; HGer ZH, HE120087, del 21 dicembre 2012, pubblicata in ZR 112/2013, pag. 17; OGer ZH, LF120006, del 3 aprile 2012, consid. 3.4.

Il concetto di delucidazione della perizia presuppone degli aspetti poco chiari del referto peritale, ragione per cui sono ammissibili quesiti che mirano a meglio comprendere o a giustificare le risposte fornite dal perito, ove le stesse non appaiano pienamente cristalline⁹¹⁶. Quanto ad un completamento, entrano invece in linea di conto domande che mirano a chiarire un aspetto rimasto senza risposta o che abbia quale conseguenza l'insorgere di una nuova domanda, rispettivamente che hanno quale scopo quello di correggere errori del referto⁹¹⁷. Di contro sono escluse delle domande nuove che abbiano quale conseguenza un ampliamento o una modifica del tema probatorio originario⁹¹⁸.

La delucidazione o completamento del referto peritale può poi avvenire sia in forma orale, mediante audizione del perito, che in forma scritta⁹¹⁹. Ciò non esime tuttavia la parte che formula una domanda di delucidazione o completamento orale di produrre contestualmente alle stesse un catalogo dei quesiti da sottoporre al perito⁹²⁰.

b) Decisione di completamento e/o delucidazione del referto

Ricevuta la domanda di completamento e/o delucidazione della perizia, incombe poi al giudice di decidere sull'ammissibilità della stessa, sulla forma in cui questa avverrà e su quali domande siano da sottoporre al perito⁹²¹.

Sulla natura della decisione di ammissione di una domanda di delucidazione e/o completamento della perizia e sulla questione della ripartizione dei costi legati alla stessa, si rinvia a quanto puntualmente esposto qui di seguito nei capitoli relativi⁹²².

F) Forma scritta vs forma orale

Come detto, il CPC prevede la possibilità per il giudice di scegliere tra la presentazione di una perizia orale ed una perizia scritta⁹²³. Tale possibilità

⁹¹⁶ SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 187 CPC; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 6 ad art. 187 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 187 CPC.

⁹¹⁷ SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 6 ad art. 187 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 10 ad art. 187 CPC.

⁹¹⁸ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 887; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 6 ad art. 158 CPC; COCCHI, *Perizia giudiziaria*, pag. 169.

⁹¹⁹ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 887; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 10 ad art. 187 CPC.

⁹²⁰ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 887; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 7 ad art. 187 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 10 ad art. 187 CPC; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 13 ad art. 187 CPC.

⁹²¹ REETZ/VORBURGER, *Gutachten*, pag. 221; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 9 e 10 ad art. 187 CPC; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 14 ad art. 187 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 10 ad art. 187 CPC.

⁹²² Cfr. infra n. 622 - 625 e 737 - 740.

⁹²³ Art. 187 cpv. 1 CPC.

sussiste pure per il completamento e/o la delucidazione del referto rimesso dal perito⁹²⁴. Se nell'ambito del processo di merito la forma orale dovrebbe essere limitata soltanto ai casi dove la materia non è complessa⁹²⁵, ragione per cui la perizia scritta è la regola, occorre domandarsi se lo stesso meccanismo è valido anche in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare.

- 542 Dal mio punto di vista, in ambito cautelare, la perizia orale assume un ruolo ben più importante rispetto al processo di merito e questo anche per quei casi non necessariamente di lieve complessità. Al riguardo occorre, infatti, ricordare che la procedura ex art. 158 CPC è anche retta da logiche di celerità. Tali logiche potrebbero condurre il giudice a ricorrere con più frequenza alla forma orale, sia per quanto attiene alla presentazione del referto, sia per quanto riguarda il suo complemento e/o la sua delucidazione. Impregiudicato l'ampio potere di apprezzamento del giudice⁹²⁶, la perizia presentata in forma orale mi sembra pertanto un'alternativa importante e che spesso ben si concilierà pure con il concetto di perizia sommaria⁹²⁷, retta da logiche in parte diverse da quelle della perizia di merito⁹²⁸. Eventualmente, l'oralità potrà essere riservata anche solo al completamento e/o alla delucidazione della perizia, dopo la presentazione di un referto in forma scritta.

IV. Assunzione di prove fuori cantone

- 543 Nel caso in cui il richiedente proceda con l'introduzione di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare dinanzi al tribunale competente per conoscere il merito della vertenza⁹²⁹ e la prova da assumere si trovi in un altro cantone, si pone la questione a sapere come il giudice adito debba procedere.
- 544 Le regole generali in materia di assistenza giudiziaria tra tribunali svizzeri tornano al proposito certamente applicabili anche alle procedure rette dall'art. 158 CPC⁹³⁰. Il giudice adito ha dunque la possibilità di procedere direttamente all'assunzione del mezzo di prova situato fuori cantone, sperando per esempio un'ispezione oculare o interrogando un teste nel luogo del suo domicilio⁹³¹. Al

⁹²⁴ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 887; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 10 ad art. 187 CPC.

⁹²⁵ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 884; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 1 ad art. 187 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 2 ad art. 187 CPC.

⁹²⁶ TF 5C.319/2001, decisione del 1. marzo 2002, consid. 2.

⁹²⁷ Cfr. n. 529 - 532.

⁹²⁸ TREZZINI, *Perito negli art. 265 e 158 CPC*, pag. 496.

⁹²⁹ Art. 13 lett. a CPC; cfr. n. 313.

⁹³⁰ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 51 ad art. 158 CPC.

⁹³¹ Art. 195 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 50 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 902; MARKUS, *BK ZPO*, n. 4 ad art. 195 CPC; KOFMEL EHZENZELLER, *KuKomm ZPO*, n. 3 ad art. 195 CPC; BREITENMOSER/WEYENETH,

proposito giova tuttavia ricordare come un teste domiciliato in Svizzera possa essere anche astretto, ove motivi giustificati non impongano il contrario, a comparire presso la sede del tribunale nel caso in cui così richiesto dal giudice⁹³². Alternativamente, il giudice adito può pure chiedere l'assistenza giudiziaria del tribunale del luogo ove la prova deve essere assunta, procedendo dunque ad una rogatoria⁹³³.

Nell'ambito della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, retta anche da logiche di celerità, mi sembra opportuno che il giudice, laddove possibile, preferisca la via del proprio intervento diretto, prescindendo dunque dal coinvolgimento dell'autorità del cantone in cui la prova deve essere assunta. In particolare, nel caso in cui la prova da assumere in un altro cantone sia quella peritale, il giudice potrà provvedere direttamente alla nomina di un perito, il quale si recherà poi nel luogo designato per esperire i propri accertamenti. Tale soluzione permetterà inoltre spesso di superare dei potenziali ostacoli linguistici, evitando tempi e costi di traduzione. L'esempio è quello in cui la perizia richiesta davanti ad un giudice ticinese porti su di un immobile di vacanza sito in Surselva, nel quale sono lamentati difetti. In tal caso mi sembra opportuno che il giudice adito provveda direttamente alla nomina di un perito scelto tra quelli a disposizione nel Canton Ticino, che potrà recarsi in territorio grigionese ad esperire i propri accertamenti, rimettendo poi un referto in lingua italiana. Il tutto con un indubbio guadagno di tempo e di denaro. 545

È in tutti i casi chiaro che, il fatto che la prova da assumere si trovi all'infuori del territorio di competenza del giudice adito, è circostanza potenzialmente suscettibile di decelerare il procedimento. Di tale aspetto il richiedente dovrà dunque certamente tenere conto al momento della scelta del tribunale presso cui depositare la sua domanda. Ove, per esempio, un rapido accertamento di una situazione di fatto che minaccia una modifica repentina (si pensi ad un immobile che rischia di crollare) sia necessario, potrebbe, infatti, apparire ben più opportuno sollecitare il giudice del luogo ove la prova deve essere assunta⁹³⁴, ciò che permetterebbe una possibilità di intervento più celere. 546

Kommentar ZPO, n. 8 e 10 ad art. 195 CPC; KAISER JOB, *BSK ZPO*, n. 6 ad artt. 194 - 196 CPC; cfr. anche art. 170 cpv. 3 CPC.

⁹³² TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 901; BREITENMOSER/WEYENETH, *Kommentar ZPO*, n. 8 ad art. 195 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 170 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 5 ad art. 160 CPC.

⁹³³ Art. 196 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 50 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 902; MARKUS, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 196 CPC; KOFMEL EHRENZELLER, *KuKomm ZPO*, n. 2 ad art. 196 CPC; BREITENMOSER/WEYENETH, *Kommentar ZPO*, n. 2 ad art. 196 CPC; KAISER JOB, *BSK ZPO*, n. 8 ad artt. 194 - 196 CPC.

⁹³⁴ Art. 13 lett. b CPC; cfr. n. 313.

V. Assunzione di prove all'estero

- 547 Per quanto attiene all'assunzione di prove all'estero - ovvero il caso in cui venga richiesto al giudice svizzero competente per decidere del merito della vertenza⁹³⁵ di assumere una prova all'estero - occorre chiedersi se il medesimo debba dare seguito ad una tale domanda.
- 548 In una sentenza del 2012⁹³⁶, l'Handelsgericht di Zurigo ha rilevato come l'assunzione di prove all'estero richiede diverso tempo, ciò che non sarebbe compatibile con il precetto di celerità classico della procedura sommaria, ragione per cui una tale eventualità andrebbe esclusa nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare.
- 549 Dal mio punto di vista, la problematica legata alla celerità rilevata nella citata sentenza è certamente pertinente, ma non deve tuttavia necessariamente condurre ad una reiezione della domanda del richiedente.
- 550 Al riguardo mi sembra in primo luogo opportuno sottolineare come non sempre una domanda fondata sull'art. 158 CPC sia governata da una logica di urgenza. Nel caso in cui la necessità di un accertamento celere non risulta imprescindibile, non vi è pertanto ragione per escludere a priori la possibilità per il richiedente di chiedere che venga assunto, in applicazione dell'art. 158 CPC, un mezzo di prova la cui amministrazione deve avvenire fuori dal territorio elvetico. Si pensi per esempio a dei membri di una comunione ereditaria, tra i quali uno procede dinanzi al giudice svizzero dell'ultimo domicilio del defunto, chiedendo di ottenere in via cautelare l'allestimento di una perizia volta a determinare il valore di un immobile sito all'estero e facente parte dell'asse successorio, motivando la sua domanda con la necessità di valutare il possibile esito di una eventuale futura procedura di divisione, nonché con la volontà, ove possibile, di addivenire ad un accordo transattivo con gli altri eredi, evitando così l'introduzione di una causa di merito. In tal caso lo strumento della perizia mi pare essere perfettamente funzionale allo scopo mirato dalla richiesta dell'istante ed il fatto che la prova vada assunta all'estero non è di pregiudizio al perseguimento di tale scopo. Il tribunale dovrà dunque procedere all'assunzione del mezzo di prova, la quale avverrà in conformità a quanto previsto dai pertinenti trattati internazionali, ed in particolare dalla CLA70, che regola appunto l'assunzione di mezzi di prova all'estero⁹³⁷.

⁹³⁵ Art. 13 lett. a CPC; cfr. n. 313.

⁹³⁶ HGer ZH, HE120087, del 21 dicembre 2012, pubblicata in ZR 112/2013, pag. 17, consid. 7.14.

⁹³⁷ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 52 ad art. 158 CPC; KAISER JOB, *BSK ZPO*, n. 19 ad artt. 194 - 196 CPC; MARKUS, *BK ZPO*, n. 6 ad art. 194 CPC.

Al contrario, confrontato per esempio con una richiesta volta all'allestimento di una perizia su di un immobile sito all'estero che minaccia un imminente crollo, il giudice svizzero adito dovrà correttamente porsi la domanda a sapere se, a fronte delle tempistiche che una rogatoria necessiterebbe, l'interesse dell'istante ad ottenere l'amministrazione di un tale mezzo di prova possa dirsi realmente sussistente. Tuttavia, dal mio punto di vista, il giudice non dovrà accontentarsi di respingere la domanda, in difetto di possibilità di provvedere ad una celere amministrazione del mezzo di prova, bensì dovrà cercare di individuare, se del caso con il consenso delle parti, delle soluzioni alternative che permettano di ovviare alla problematica in discussione. 551

In tal senso ci si può domandare se il giudice svizzero possa procedere ad un'assunzione probatoria extraterritoriale, per esempio incaricando un perito di recarsi all'estero per esperire quegli accertamenti necessari all'allestimento di un referto peritale. La questione è estremamente delicata, poiché mette in discussione l'inviolabilità della sovranità territoriale dello stato estero⁹³⁸. Laddove possibile, il giudice svizzero dovrà dunque prima di tutto tentare di trasferire in Svizzera la fattispecie estera oggetto di prova, oppure di limitare l'aspetto extraterritoriale alle conseguenze dell'assunzione della prova. Così, nel caso di una perizia medica sullo stato di salute di un cittadino estero coinvolto in un incidente stradale in Svizzera, si potrà tentare di chiedere a quest'ultimo di spostarsi al luogo del tribunale, per l'esecuzione degli accertamenti necessari da parte dell'esperto incaricato. Analogamente, nel caso in cui la perizia potesse essere redatta sulla base della consultazione dei soli documenti topici, la medesima potrà avvenire su territorio svizzero, dando così valenza intraterritoriale alle azioni peritali⁹³⁹. Nel caso in cui un sopralluogo del perito nello stato estero fosse imprescindibile, si potrebbe invece immaginare che il medesimo provveda in un primo tempo a recarsi quale semplice consulente, incaricato dalle parti⁹⁴⁰, a visionare la fattispecie, raccogliendo le informazioni necessarie, per poi utilizzare le stesse, in un secondo tempo, nell'ambito di un mandato peritale con valenza intraterritoriale. 552

Nel caso in cui il giudice fosse confrontato con una domanda di assunzione in via cautelare dell'audizione testimoniale di una persona residente all'estero, potrebbe invece essere immaginabile un tentativo di citazione diretta all'estero di tale testimone, senza tuttavia l'indicazione delle comminatorie in caso di 553

⁹³⁸ TREZZINI, *Effetti extra-territoriali*, pag. 239; art. 299 CP; TF 6B_235/2013, decisione del 22 luglio 2013, consid. 1.4.

⁹³⁹ TREZZINI, *Effetti extra-territoriali*, pag. 239.

⁹⁴⁰ Un incarico da parte del giudice, seppur non assortito delle sanzioni classiche di cui all'art. 184 CPC, mi sembra invece escluso, poiché l'attività del perito, quale ausiliario del giudice, manterrebbe un carattere di atto ufficiale.

mancata comparsa⁹⁴¹. Chiaramente, ove non si presentasse, il testimone non potrà essere in alcun modo sanzionato.

- 554 Resta inteso che le proposte alternative qui avanzate potranno entrare in linea di conto solo in determinate fattispecie e necessiteranno in ogni caso, soprattutto per quanto attiene alla prova peritale, la piena disponibilità e collaborazione di entrambe le parti, ciò che non sempre sarà scontato.

⁹⁴¹ DTF 140 IV 86, consid. 2; TREZZINI, *Effetti extra-territoriali*, pag. 240.

Capitolo 6: Ripartizione delle spese giudiziarie

Al momento dell'inserimento dello strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare nel CPC, il legislatore non ha ritenuto necessario predisporre delle specifiche norme che regolino la fissazione e la ripartizione delle spese giudiziarie connesse a tale istituto. A livello pratico si sono dunque posti diversi problemi per rapporto al modo di procedere in relazione ai costi legati all'introduzione di una tale procedura, i quali hanno dato e ancora danno luogo a vive discussioni dottrinali e hanno occupato nel recente passato le autorità giudiziarie elvetiche. La questione, come si vedrà di seguito, risulta da più punti di vista di particolare importanza ed interesse, la stessa essendo pure suscettibile di mettere in discussione l'effettivo successo dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare. 555

I. Norme generali sulle spese giudiziarie

1. In generale

La questione delle spese giudiziarie è regolata al titolo ottavo del CPC⁹⁴². Le spese giudiziarie si compongono delle spese processuali - ovvero gli esborsi forfettari per la procedura di conciliazione, gli esborsi forfettari per la decisione (tassa di giustizia), le spese dell'assunzione delle prove, le spese di traduzione e d'interprete e le spese per la rappresentanza del figlio⁹⁴³ - e delle spese ripetibili, ovvero le spese necessarie, le spese di rappresentanza professionale e, in casi motivati, un'adeguata indennità d'inconvenienza per la parte non rappresentata professionalmente in giudizio⁹⁴⁴. La fissazione delle tariffe per le spese giudiziarie è lasciata alla determinazione dei cantoni⁹⁴⁵. 556

⁹⁴² Artt. 95 - 123 CPC.

⁹⁴³ Art. 95 cpv. 2 CPC; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 156; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 269; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 93; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 2.

⁹⁴⁴ Art. 95 cpv. 3 CPC; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 156; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 270; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pagg. 93 - 94; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 13, 14 e 19.

⁹⁴⁵ Art. 96 CPC; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pagg. 156 - 157; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 270; HOFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 94; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 3; in Canton Ticino applicabile è la LTG/TI.

2. Principio di soccombenza

- 557 Per quanto attiene alla ripartizione delle spese giudiziarie, il CPC pone il principio secondo il quale le stesse sono da ripartire dal giudice - d'ufficio per quanto attiene alle spese processuali⁹⁴⁶ e su richiesta di parte per quanto riguarda le spese ripetibili⁹⁴⁷ - tra le parti secondo la relativa soccombenza⁹⁴⁸. Il processo civile è dunque retto dal c.d. principio del successo che si basa sulla presunzione secondo cui la parte che soccombe per rapporto alle proprie domande di causa ha causato i costi della procedura⁹⁴⁹. In caso di soccombenza parziale reciproca le spese giudiziarie vanno dunque ripartite secondo l'esito della procedura⁹⁵⁰, mentre in caso di compartecipazione di più parti al processo il giudice ne deve determinare la rispettiva quota di partecipazione⁹⁵¹.

3. Ripartizione secondo equità e spese giudiziarie inutili

- 558 Al principio base della ripartizione delle spese giudiziarie in base alla soccombenza, il CPC pone due eccezioni: la ripartizione secondo equità e l'assunzione delle spese giudiziarie inutili da parte di chi le ha causate.

A) Ripartizione secondo equità

- 559 Giusta l'art. 107 cpv. 1 CPC, il giudice può prescindere dai principi di ripartizione suesposti e ripartire le spese secondo equità⁹⁵². Si tratta tuttavia di

⁹⁴⁶ Art. 105 cpv. 1 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 34; HOFFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 101; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 430; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 278; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 164.

⁹⁴⁷ Art. 105 cpv. 2 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 34; HOFFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 101; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 430; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 278; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 164.

⁹⁴⁸ Art. 106 cpv. 1 CPC; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 35; HOFFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 102; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 279; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 162.

⁹⁴⁹ DTF 119 Ia 1, consid. 6b; TF 4A_518/2012, decisione del 8 gennaio 2013, consid. 3.1; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 432; JENNY, *Kommentar ZPO*, n. 2 ad art. 106 CPC; STERCHI, *BK ZPO*, n. 2 ad art. 106 CPC.

⁹⁵⁰ Art. 106 cpv. 2 CPC.

⁹⁵¹ Art. 106 cpv. 3 CPC.

⁹⁵² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 36; HOFFMANN/LÜSCHER, *Code de procédure civile*, pag. 103; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 281; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pagg. 162 - 163; JENNY, *Kommentar ZPO*, n. 3 ad art. 107 CPC.

un'eccezione a cui il giudice può - ma non deve - fare ricorso con riserbo, ove una rigorosa applicazione del principio della soccombenza risultasse iniqua⁹⁵³.

A titolo esemplificativo, il giudice può prescindere dalla presa in considerazione della mera soccombenza ove l'azione sia stata sostanzialmente accolta, ma non nell'entità delle conclusioni, l'ammontare della pretesa dipendendo dal suo apprezzamento o essendo di difficile quantificazione⁹⁵⁴, se una parte aveva in buona fede motivo di agire in giudizio⁹⁵⁵, ove si tratti di una causa del diritto della famiglia o di unione domestica registrata⁹⁵⁶, se la causa è stata stralciata dal ruolo in quanto priva d'oggetto e la legge non prevede altrimenti⁹⁵⁷ o se altre circostanze speciali fanno apparire iniqua una ripartizione secondo l'esito della procedura⁹⁵⁸.

Nell'ottica della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, come si vedrà qui di seguito, assume un particolare interesse l'ultima casistica elencata al paragrafo precedente, ovvero la possibilità di ripartire le spese giudiziarie secondo equità ove altre circostanze speciali fanno apparire iniqua una ripartizione secondo l'esito della procedura. Al riguardo giova dunque rilevare, da un punto di vista generale, come tale norma sia suscettibile di inglobare diverse fattispecie e costituisca dunque una sorta di clausola generale che lascia un ampio margine di apprezzamento al giudice, ponendo quale solo grande principio quello dell'equità⁹⁵⁹.

B) Spese giudiziarie inutili

L'art. 108 CPC prevede poi, quale seconda eccezione al principio della soccombenza, che le spese giudiziarie inutili sono a carico di chi le ha causate. In altri termini, la parte che causa dei costi per un suo agire processuale, o eventualmente extra processuale, tardivo, abusivo, sbagliato o omissivo deve pure sopportarli⁹⁶⁰.

⁹⁵³ DTF 139 III 358, consid. 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 36; JENNY, *Kommentar ZPO*, n. 3 ad art. 107 CPC.

⁹⁵⁴ Art. 107 cpv. 1 lett. a CPC.

⁹⁵⁵ Art. 107 cpv. 1 lett. b CPC.

⁹⁵⁶ Art. 107 cpv. 1 lett. c e d CPC.

⁹⁵⁷ Art. 107 cpv. 1 lett. e CPC.

⁹⁵⁸ Art. 107 cpv. 1 lett. f CPC.

⁹⁵⁹ STERCHI, *BK ZPO*, n. 21 ad art. 107 CPC; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 9 ad art. 107 CPC.

⁹⁶⁰ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 445; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 163; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 282; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 39.

4. Procedure gratuite

- 563 Da ultimo, per quanto attiene agli accenni generali, appare opportuno ancora ricordare che il CPC prevede la gratuità di alcune procedure decisionali. Si tratta delle controversie in materia di parità dei sessi⁹⁶¹, secondo la legge sui disabili⁹⁶², derivanti da contratto di lavoro o secondo la legge sul collocamento, tuttavia solo sino ad un valore litigioso di fr. 30'000.-⁹⁶³, secondo la legge sulla partecipazione⁹⁶⁴ e derivanti da assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie⁹⁶⁵. In tali procedure, fatti salvi i casi di temerarietà processuale e malafede⁹⁶⁶, non vengono dunque adossate spese processuali.

II. Anticipo delle spese processuali

- 564 Da un punto di vista generale, l'art. 98 CPC prevede che il giudice possa esigere che il procedente anticipi un importo a copertura parziale o totale delle spese processuali presumibili⁹⁶⁷. Lo stesso principio si applica chiaramente al convenuto che formula una domanda riconvenzionale⁹⁶⁸.
- 565 Per quanto attiene ai costi dell'assunzione delle prove, l'art. 102 cpv. 1 CPC stabilisce poi un obbligo per ogni parte di anticipare le spese processuali legate all'amministrazione del mezzo di prova richiesto⁹⁶⁹.
- 566 I meccanismi descritti trovano la loro piena applicazione pure in materia di assunzione di prove a titolo cautelare. Così, il giudice potrà richiedere al procedente di versare, in particolare, un congruo anticipo delle presumibili spese di assunzione della prova e della tassa di giustizia⁹⁷⁰. Ove il convenuto estenda il

⁹⁶¹ Art. 114 lett. a CPC.

⁹⁶² Art. 114 lett. b CPC.

⁹⁶³ Art. 114 lett. c CPC.

⁹⁶⁴ Art. 114 lett. d CPC.

⁹⁶⁵ Art. 114 lett. e CPC.

⁹⁶⁶ Art. 115 CPC.

⁹⁶⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 21; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 273; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 158.

⁹⁶⁸ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 273; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 158; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 98 CPC; STERCHI, *BK ZPO*, n. 7 ad art. 98 CPC.

⁹⁶⁹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 23; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 161; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 2 ad art. 102 CPC; STERCHI, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 102 CPC.

⁹⁷⁰ BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 72; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. IV; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 318; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 9a ad art. 158 CPC; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 29 ad art. 158 CPC; BOHNET, *Procédure civile*,

tema probatorio oltre a quello proposto dall'istante, procedendo di fatto all'introduzione di una contro istanza⁹⁷¹, il giudice potrà pretendere anche da questi un anticipo delle presumibili spese processuali⁹⁷². Non invece nel caso in cui il convenuto si limiti a formulare delle domande complete senza estendere il tema probatorio, in tal caso non potendo essere egli astretto al pagamento, e dunque nemmeno all'anticipo, di spese processuali⁹⁷³.

III. Spese giudiziarie in caso di provvedimenti cautelari

La sorte delle spese giudiziarie nelle procedure cautelari è regolata all'art. 104 cpv. 3 CPC. Tale norma prevede che, in caso di provvedimenti cautelari, la decisione sulle relative spese giudiziarie può essere rinviata al giudizio di merito. Il giudice ha dunque in sostanza due possibilità. 567

Egli può in primo luogo decidere direttamente sulle spese giudiziarie contestualmente alla decisione cautelare, ritenuto che in tal caso è tuttavia ancora praticabile una diversa ripartizione nella procedura di merito e la decisione non è dunque realmente definitiva su tale aspetto⁹⁷⁴. In tal caso, il giudice del provvedimento cautelare dovrà decidere principalmente tenendo conto della soccombenza delle parti per rapporto alle domande cautelari stesse⁹⁷⁵, ritenuto che il giudice del merito potrà poi modificare tale ripartizione, tenendo eventualmente conto - senza tuttavia essere obbligato a farlo - della soccombenza delle parti per rapporto alla pretesa di merito⁹⁷⁶. 568

n. 1492; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 9 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 36 e 37 ad art. 158 CPC.

⁹⁷¹ Cfr. infra n. 385 - 386.

⁹⁷² RJN 2012, pag. 228; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 72; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 318; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 38 ad art. 158 CPC.

⁹⁷³ DTF 139 III 33, consid. 4; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 318; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 72; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 38 ad art. 158 CPC; cfr n. 612 - 614.

⁹⁷⁴ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 313; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 165; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 279; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 6 ad art. 104 CPC; TAPPY, *CPC commenté*, n. 14 ad art. 104 CPC.

⁹⁷⁵ In tal senso: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 308; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 27; *contra*: SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 165 e JENNY, *Kommentar ZPO*, n. 10 ad art. 104 CPC, i quali postulano un accollo provvisorio delle spese giudiziarie al procedente.

⁹⁷⁶ TF 5A_702/2008, decisione del 16 dicembre 2008, consid. 3.3.2; TF 5P.496/2006, decisione del 22 gennaio 2007, consid. 3; BOHNET, *Procédure sommaire*, pag. 306; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 308; *contra*: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 22, n. 32.

- 569 Alternativamente, l'autorità giudicante può rinviare il giudizio sulle spese giudiziarie della procedura provvisoria alla causa di merito, ritenuto che nuovamente, in tale ambito, il giudice adito non dovrà necessariamente basarsi sulla sola soccombenza per rapporto alla pretesa sostanziale⁹⁷⁷. Tale soluzione crea tuttavia non pochi problemi ove il provvedimento cautelare sia sollecitato prima dell'introduzione della causa di merito e la promozione effettiva della stessa sia dunque condizionata alla volontà di agire della parte che ha ottenuto tutela provvisoria⁹⁷⁸, tanto che alcuni autori escludono la possibilità, in tal caso, di ricorrere alla facoltà di rinvio della decisione sulle spese giudiziarie⁹⁷⁹. In ogni caso il giudice dovrà dunque mostrare particolare prudenza, adottando la decisione più adeguata e giustificata dalla fattispecie concreta, ritenuto che l'art. 104 CPC gli lascia in ogni caso un ampio margine di apprezzamento⁹⁸⁰.
- 570 Nel caso in cui la domanda cautelare venga respinta, la soluzione più logica e giustificata è, dal mio punto di vista, quella di fissare direttamente con la decisione provvisoria le relative spese giudiziarie secondo la soccombenza del richiedente, a cui carico rimarranno peraltro indipendentemente dall'esito della causa di merito⁹⁸¹.
- 571 Come si vedrà qui di seguito, le norme generali regolanti la sorte delle spese processuali nei provvedimenti cautelari sono tuttavia solo in parte applicabili analogamente al procedimento di assunzione di prove a titolo cautelare, il quale, data la sua specificità, necessita di una regolamentazione specifica ed in parte difforme da quella qui descritta.

⁹⁷⁷ TF 5A_702/2008, decisione del 16 dicembre 2008, consid. 3.3.2; TF 5P.496/2006, decisione del 22 gennaio 2007, consid. 3; BOHNET, *Procédure sommaire*, pag. 306; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 308; *contra*: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 22, n. 32.

⁹⁷⁸ Dettagliatamente sul tema, con proposte di soluzione: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 309 segg.

⁹⁷⁹ RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 6 ad art. 104 CPC; JENNI, *Kommentar ZPO*, n. 10 ad art. 104 CPC; ZOTSANG, *Prozesskosten*, pag. 232; *contra*: STERCHI, *BK ZPO*, n. 9 ad art. 104 CPC.

⁹⁸⁰ TAPPY, *CPC commenté*, n. 14 ad art. 104 CPC.

⁹⁸¹ In tal senso cfr.: TAPPY, *CPC commenté*, n. 12 ad art. 104 CPC; STERCHI, *BK ZPO*, n. 10 e 11 ad art. 104 CPC; ZOTSANG, *Prozesskosten*, pag. 232; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 104 CPC; *contra*: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 306.

IV. Spese processuali in caso di assunzione di prove a titolo cautelare

1. Regole generali

Da un punto di vista generale appare opportuno ricordare come alcune norme di base previste dal CPC in materia di spese processuali tornino certamente applicabili pure in materia di assunzione di prove a titolo cautelare. 572

Così, occorre tenere conto del fatto che una procedura ex art. 158 CPC che mira ad assumere dei mezzi di prova tesi a comprovare una fattispecie che rientra nel campo di applicazione dell'art. 114 CPC è, salvo malafede o temerarietà processuale⁹⁸², gratuita. Si pensi, per esempio, ad un lavoratore che inoltra una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare che mira ad ottenere dal datore di lavoro la documentazione, non in suo possesso, comprovante le ore prestate, onde valutare le possibilità di esito favorevole di un'eventuale causa di merito tendente al pagamento di ore supplementari. Ove la pretesa (potenziale) soggiacente a tale domanda non superi i fr. 30'000.-, pure la sua domanda di assunzione anticipata di prove sarà di principio gratuita. L'art. 114 CPC si applica, infatti, ad ogni tipologia di procedura, determinate essendo che la stessa derivi da una delle tematiche abbracciate dalla norma in questione, indipendentemente se si tratti di un aspetto principale o secondario del processo⁹⁸³. 573

Ove invece la procedura comporti la percezione di spese processuali, le stesse saranno da quantificarsi secondo le pertinenti norme cantonali⁹⁸⁴ ed il giudice avrà l'onere di informare la parte non patrocinata da un avvocato sul loro presumibile ammontare⁹⁸⁵. Con riferimento alle tariffe cantonali per la fissazione delle spese giudiziarie ed all'adeguatezza di queste ultime in relazione alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, ci si limita qui rinviare a quanto già in precedenza esposto nei paragrafi di questo lavoro dedicati all'impatto del valore litigioso sulle spese processuali, nell'ambito del quale si è indicata la parziale inidoneità delle norme vigenti a fronte delle peculiarità della procedura in esame⁹⁸⁶. 574

⁹⁸² Art. 115 CPC.

⁹⁸³ DTF 104 II 222, consid. 2a; TF 9C_639/2011, decisione del 30 agosto 2012, consid. 3.4; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 452.

⁹⁸⁴ Art. 96 CPC; in Canton Ticino secondo la LTG/TI.

⁹⁸⁵ Art. 97 CPC.

⁹⁸⁶ Cfr. infra n. 354 - 358.

2. In caso di reiezione della domanda

- 575 Nel caso in cui la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare venga respinta, la fissazione e la ripartizione delle spese processuali non pone invero particolari problemi. In tal caso, infatti, dal mio punto di vista, il principio della soccombenza torna pienamente applicabile ed il richiedente soccombente deve sopportare le conseguenze economiche della propria iniziativa processuale rivelatasi infondata.
- 576 In caso di reiezione della domanda, non mi sembra nemmeno opportuno distinguere il caso in cui la stessa sia stata introdotta prima della pendenza della causa di merito da quello in cui questa si sovrapponga al processo principale. In entrambi i casi ritengo, infatti, giustificato che il giudice proceda direttamente alla fissazione ed alla ripartizione delle spese processuali.
- 577 Un rinvio al giudizio di merito, ove la procedura principale sia già pendente, come suggeriscono alcuni autori⁹⁸⁷, non mi sembra giustificato, poiché ciò, oltre a misconoscere il carattere indipendente della procedura di assunzione anticipata di prove, condurrebbe ad una potenziale commistione tra la soccombenza nella procedura principale (di cui il giudice è ora a conoscenza) e quella nel processo cautelare. Al proposito ho, infatti, già detto⁹⁸⁸ che, in caso di reiezione di un'iniziativa processuale cautelare, mi sembra condivisibile la tesi di quegli autori che ritengono una nuova ripartizione a dipendenza dell'esito della causa di merito non giustificata. In altri termini l'istante che ha introdotto una procedura cautelare infondata ne deve sopportare i costi, indipendentemente dalla questione a sapere se abbia o meno ragione sul fondo della causa⁹⁸⁹.
- 578 Per le medesime ragioni, anche laddove il giudice dovesse propendere per un rinvio delle spese processuali cautelari al merito, come concessogli dalla legge⁹⁹⁰, ritengo giustificato che egli, nella ripartizione delle medesime, si riferisca al solo esito della procedura cautelare, facendo astrazione dall'esito del processo di merito. Questo esercizio non sarà sempre semplice e scontato, poiché spesso la soccombenza nel processo principale costituirà piuttosto un ostacolo all'attività di convincimento del giudice, il quale sarà talvolta portato ad una commistione tra le diverse soccombenze, ciò che appunto, secondo l'opinione qui sostenuta, non deve avvenire. L'istante che ha introdotto una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, senza riuscire a dimostrare

⁹⁸⁷ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 36 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 26 ad art. 158 CPC.

⁹⁸⁸ Cfr. n. 570.

⁹⁸⁹ In tal senso cfr.: KGer GR, ZK11373, del 22 agosto 2013, consid. 3; TAPPY, *CPC commenté*, n. 12 ad art. 104 CPC; STERCHI, *BK ZPO*, n. 10 e 11 ad art. 104 CPC; ZOTSANG, *Prozesskosten*, pag. 232; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 ad art. 104 CPC.

⁹⁹⁰ Art. 104 cpv. 3 CPC.

l'adempimento dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC, deve, infatti, sostenere i costi della sua iniziativa processuale, indipendentemente dalla questione a sapere se nel merito i suoi diritti soggettivi trovino imposizione o meno.

In sostanza, applicando tali principi alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, se ne ha dunque che, in caso di reiezione della domanda, al richiedente vanno accollati i costi processuali con la decisione negativa stessa, si sovrapponga questa ad una procedura di merito pendente o meno ed egli non avrà, salvo casi estremamente eccezionali dettati dal principio generale di equità, diritto ad ottenerne la rifusione con la decisione finale nel merito della vertenza, fosse anche questa a lui favorevole. 579

3. In caso di accoglimento della domanda

Più problematica è invece la sorte delle spese processuali in caso di accoglimento della domanda di assunzione di prove a titolo cautelare. In tal caso una distinzione tra una domanda totalmente indipendente antecedente alla procedura di merito ed una che invece si inserisce nella stessa, già pendente, appare del tutto giustificata, come qui di seguito verrà indicato. 580

A) Procedura indipendente precedente la causa di merito

a) Soluzione giurisprudenziale

In un primo tempo una certa prassi cantonale applicava il principio della soccombenza anche al caso in cui la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare venisse accolta ed il convenuto si fosse opposto senza successo alla medesima⁹⁹¹. Parte della dottrina sembrava sostenere un tale modo di procedere⁹⁹². 581

In una decisione di principio del 6 gennaio 2014, il Tribunale federale ha tuttavia messo fine a tali prassi⁹⁹³. 582

L'Alta Corte ha rilevato come in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non vi sia una parte soccombente ed una vincente, il giudice non dovendo decidere su diritti e doveri discendenti dal diritto materiale⁹⁹⁴. Per tale motivo il convenuto che postula invano la reiezione della domanda non può 583

⁹⁹¹ OGer ZH, PF130022, del 6 agosto 2013, consid. 2.3; OGer ZH, LF110059, del 31 agosto 2011, consid. 1b; parzialmente: HGer ZH, HE120488, del 3 maggio 2013, pubblicata in ZR 112/2013, pag. 214, consid. 16.

⁹⁹² SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 5.

⁹⁹³ DTF 140 III 30.

⁹⁹⁴ DTF 140 III 30, consid. 3.4.1; DTF 139 III 33, consid. 4.

essere ritenuto soccombente e l'art. 106 cpv. 1 CPC non torna applicabile⁹⁹⁵. A ciò i giudici federali hanno aggiunto che, indipendentemente dalla posizione del convenuto, il giudice deve analizzare d'ufficio se i presupposti di cui all'art. 158 CPC sono riuniti o meno. Ciò significa che l'esito del procedimento di assunzione di prove a titolo cautelare non è nelle mani del convenuto, il quale non può "riconoscere" la domanda avversaria, poiché a tale stadio della lite, non trattandosi di decidere su questioni di diritto materiale, non esiste un'acquiescenza che porta alla conclusione del procedimento⁹⁹⁶.

- 584 A mente del Tribunale federale occorre poi tenere conto del fatto che la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare serve principalmente gli interessi dell'istante, ragione per cui appare equo che il medesimo ne assuma, almeno in un primo tempo, i relativi costi⁹⁹⁷. Al contrario, il convenuto viene coinvolto contro la sua volontà in un procedimento giudiziario, al quale deve partecipare⁹⁹⁸.
- 585 Va poi aggiunto, sempre secondo l'Alta Corte, che il procedente ha la possibilità di introdurre il processo principale e, in caso di ragione nel merito, ottenere una diversa ripartizione delle spese processuali in discussione, mentre il convenuto, ove l'istante rinunci ad un tale processo, dovrebbe introdurre un'azione di accertamento negativo con riferimento alla pretesa di merito soggiacente alla domanda di controparte onde poter ottenere una nuova e diversa ripartizione delle spese processuali della procedura di assunzione anticipata di prove⁹⁹⁹.
- 586 Per tutte queste ragioni, in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, sarebbe giustificato accollare le spese processuali al richiedente, il quale potrà poi chiederne una diversa ripartizione nel futuro eventuale processo di merito.
- 587 La dottrina dominante si è ora, seppur con alcune sfumature, allineata alla soluzione proposta dal Tribunale federale¹⁰⁰⁰.

b) *Analisi critica*

- 588 Dal mio punto di vista, la soluzione a cui è giunto il Tribunale federale risulta, nel suo risultato, del tutto condivisibile. Tuttavia le motivazioni addotte

⁹⁹⁵ DTF 140 III 30, consid. 3.4.1.

⁹⁹⁶ DTF 140 III 30, consid. 3.4.1.

⁹⁹⁷ DTF 140 III 30, consid. 3.5, con riferimento all'art. 107 cpv. 1 lett. f CPC.

⁹⁹⁸ DTF 140 III 30, consid. 3.5.

⁹⁹⁹ DTF 140 III 30, consid. 3.5.

¹⁰⁰⁰ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 91; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1091 segg.; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 37 ad art. 158 CPC; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 318; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1493; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 9a ad art. 158 CPC; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 3.132; per un approccio critico cfr.: SCHMID, *Nebenfolgen*, pag. 619 - 620.

dall'Alta Corte a sostegno della propria conclusione mi sembrano soltanto in parte convincenti.

A mente dei giudici federali, la rinuncia ad una ripartizione in applicazione dell'art. 106 CPC - dunque secondo la soccombenza delle parti - è giustificata dal fatto che, in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, non vi sarebbe alcuna parte soccombente, il giudice non dovendo decidere su diritti e doveri delle parti discendenti dal diritto materiale. Orbene, dal mio punto di vista, il concetto di soccombenza non è unicamente ancorato al solo esito di un litigio con riferimento ai diritti e doveri di diritto materiale delle parti, ma piuttosto va valutato avuto riguardo alle domande di giudizio, siano esse di merito o meno, che le stesse formulano¹⁰⁰¹, le quali traducono le rispettive *Rechtsgrundlage*. D'altro canto, che la soccombenza possa riferirsi anche a questioni meramente processuali, è pure indicato espressamente all'art. 106 CPC, il quale prevede la soccombenza anche in caso di non entrata nel merito. In altri termini, il concetto di soccombenza non può essere ridotto ad una logica d'imposizione o meno di un diritto soggettivo di natura materiale, ma si estende piuttosto alla pretesa azionata nel suo insieme, che si traduce nelle domande di giudizio, il cui accoglimento presuppone il cumulo di un diritto soggettivo di natura processuale - che rappresenta il presupposto dell'entrata nel merito - e di un diritto soggettivo di natura materiale. Nella procedura ex art. 158 CPC il diritto soggettivo di natura materiale non entra effettivamente in linea di conto, ma ciò non toglie che, per poter ottenere l'assunzione di uno o più mezzi di prova in via anticipata, il richiedente deve dimostrare e imporre un suo diritto soggettivo di natura processuale. Se questo diritto non è dato, mi sembra perfettamente logico e corretto che il procedente sia ritenuto soccombente. A ciò nulla muta il fatto che il giudice debba valutare d'ufficio se i presupposti dell'art. 158 CPC sono riuniti o meno. Vi sono, infatti, altri casi in cui il giudice deve valutare d'ufficio la riunione di determinati presupposti processuali, senza che ciò debba condurre a negare l'esistenza di una soccombenza di parte¹⁰⁰².

Da quanto precede, se ne deve dunque dedurre che, ritenere una totale assenza di soccombenza in un processo ex art. 158 CPC, sia conclusione non meritevole di condivisione¹⁰⁰³. Ciò non toglie che, per altre ragioni, una ripartizione a dipendenza di tale soccombenza non sia giustificata e adeguata. Al proposito

¹⁰⁰¹ TF 5P.240/2005, decisione del 5 gennaio 2006, consid. 5.3; TAPPY, *CPC commenté*, n. 13 ad art. 106 CPC; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 3 ad art. 106 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 432.

¹⁰⁰² Si pensi per esempio alla riunione dei presupposti processuali di cui all'art. 59 CPC. Nel caso in cui il convenuto contesti la riunione di uno di questi ed il giudice, in una decisione incidentale, gli dia torto, mi sembra perfettamente corretto ritenere il resistente soccombente con riferimento a tale aspetto, indipendentemente dal fatto che il giudice lo dovesse comunque analizzare d'ufficio o meno.

¹⁰⁰³ Così anche: SCHMID, *Nebenfolgen*, pag. 619.

giova ricordare che il giudice può ricorrere ad una diversa ripartizione delle spese processuali non solo ove non ci sia soccombenza, bensì ogniqualvolta un riferimento a questa risulti iniquo¹⁰⁰⁴.

- 591 Fatta l'importante precisazione di cui sopra, il seguito del ragionamento dei giudici federali mi sembra dunque perfettamente condivisibile. È, infatti, vero che l'assunzione di prove a titolo cautelare è uno strumento completamente funzionale ad una determinata (futura) vertenza di merito che serve in larga misura gli interessi del richiedente¹⁰⁰⁵. Al riguardo, mi sembra importante sottolineare come, in qualsiasi procedura, il convenuto è coinvolto contro la sua volontà in un processo che, perlomeno negli intenti dell'attore, serve gli interessi di quest'ultimo. Ciò non toglie però che, in caso di vittoria del convenuto, il processo di merito può servire anche i suoi interessi, nella misura in cui è definitivamente accertata l'inesistenza della pretesa attorea. Una tale logica non si manifesta invece nella procedura ex art. 158 CPC, la quale è limitata all'assunzione di uno o più mezzi di prova, a prescindere da qualsivoglia giudizio di merito. Il tutto nel solo interesse dell'attore, il quale beneficerà infine di un capitale probatorio da utilizzare come meglio ritiene. Un tale interesse esclusivo mi sembra dunque l'aspetto determinante, che deve condurre il giudice a dipartirsi da una ripartizione delle spese giudiziarie basata sulla soccombenza, a favore invece di una soluzione in equità fondata sull'art. 107 cpv. 1 lett. f CPC.
- 592 A ciò si aggiunge la questione fondamentale, correttamente messa in evidenza dal Tribunale federale, legata al fatto che l'introduzione dell'eventuale causa di merito dipende dalla sola scelta dell'istante (e futuro attore), mentre il convenuto non avrebbe altra possibilità di recuperare le spese processuali della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare se non con un'azione di accertamento negativo¹⁰⁰⁶. Questo aspetto, anche da un punto di vista pratico, mi sembra particolarmente importante. Va, infatti, ricordato che la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare mira, tra l'altro, al risultato di evitare l'introduzione di processi inutili¹⁰⁰⁷, quale sarebbe per esempio un'azione di accertamento negativo con lo scopo, in fin dei conti, di ottenere la sola nuova ripartizione degli oneri processuali fissati dal giudice in relazione all'assunzione anticipata di un mezzo di prova.

¹⁰⁰⁴ Art. 107 cpv. 1 CPC.

¹⁰⁰⁵ Cfr. tuttavia l'opinione più sfumata di: DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 92.

¹⁰⁰⁶ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1093; HURNI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pagg. 90 - 91; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 37b ad art. 158 CPC.

¹⁰⁰⁷ DTF 140 III 30, consid. 3.5; DTF 138 III 76, consid. 2.4.2; Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6687.

In definitiva, stante le peculiarità della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, appare giustificato che le spese processuali, in caso di accoglimento della domanda, restino a carico del procedente, il quale potrà poi chiederne una diversa ripartizione nella causa di merito. Ove invece una tale causa non venga mai introdotta, i costi della procedura provvisoria restano a suo carico, la sua rinuncia al far valere la pretesa materiale valendo in sostanza quale desistenza e dunque soccombenza¹⁰⁰⁸.

Resta riservato il caso in cui il convenuto sollevi delle contestazioni del tutto pretestuose, che comportano una dilatazione delle spese processuali per la relativa evasione. In tal caso egli potrà eventualmente essere chiamato alla cassa per i costi inutili causati¹⁰⁰⁹.

B) Procedura contestuale alla causa di merito

Nel caso in cui la procedura di merito sia già pendente, la soluzione più logica e giustificata mi sembra invece quella, in caso di accoglimento della domanda di assunzione di prove a titolo cautelare, di rinviare il giudizio sulle spese processuali al giudizio di merito, come permesso dall'art. 104 cpv. 3 CPC¹⁰¹⁰. Ritengo, infatti, superfluo procedere ad una ripartizione già con la decisione cautelare per poi modificare la stessa una volta portata a termine la causa principale.

Resta inteso, come già dianzi indicato¹⁰¹¹, che il giudice potrà chiedere all'istante di anticipare le spese processuali connesse alla procedura di assunzione anticipata di prove; spese che poi verranno tuttavia fissate in modo definitivo solo con il giudizio di merito.

V. Spese ripetibili in caso di assunzione di prove a titolo cautelare

Anche la questione dell'attribuzione di spese ripetibili in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare ha dato adito a diverse discussioni dottrinali e giurisprudenziali, ritenuto che sul tema permaneva una certa incertezza, considerate pure le prassi discordanti previste dalla giurisprudenza,

¹⁰⁰⁸ DTF 140 III 30, consid. 3.5.

¹⁰⁰⁹ DTF 139 III 33, consid. 4.2; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 91; cfr. anche art. 108 CPC.

¹⁰¹⁰ III CCA TI, 13.2014.76, del 24 aprile 2015, consid. 5; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1097; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 36 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 72.

¹⁰¹¹ Cfr. n. 566.

con riferimento agli strumenti esistenti nelle procedure civili cantonali, prima dell'introduzione del CPC¹⁰¹².

1. In caso di reiezione della domanda

- 598 Nel caso in cui la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare dell'istante non venga ammessa, la questione del riconoscimento di spese ripetibili in favore del convenuto non appare invero particolarmente problematica. A condizione che quest'ultimo abbia formulato una domanda in tal senso¹⁰¹³ e che il giudice ritenga giustificato il riconoscimento di spese ripetibili, il procedente soccombente sarà dunque di principio tenuto a versare una tale indennità alla controparte.
- 599 Analogamente a quanto detto per le spese processuali, anche con riferimento alle spese ripetibili ritengo che una rimessa in discussione nel procedimento di merito non debba entrare in linea di conto. Anche in caso di vittoria sul fondo della vertenza l'attore non avrà dunque, salvo casi particolari, diritto a recuperare le spese ripetibili versate alla controparte nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare¹⁰¹⁴.

2. In caso di accoglimento della domanda

- 600 Ben più problematica è la questione a sapere se in caso di accoglimento della domanda di assunzione di prove a titolo cautelare vadano pure riconosciute delle spese ripetibili e come queste debbano essere ripartite. Anche in tal caso, come già con riferimento alle spese processuali, una distinzione tra una domanda totalmente indipendente antecedente la procedura di merito ed una che invece si inserisce nella stessa, già pendente, appare del tutto giustificata, come qui di seguito verrà indicato.

A) Procedura indipendente precedente la causa di merito

a) Soluzione giurisprudenziale

- 601 La fissazione e conseguente ripartizione di spese ripetibili in caso di accoglimento di una domanda indipendente di assunzione anticipata di prove presentata prima della pendenza del processo di merito ha dato adito a vive discussioni dottrinali e a soluzioni giurisprudenziali anche difformi.
- 602 Alcuni autori ritenevano, infatti, che al convenuto, si fosse questo opposto o meno alla domanda dell'istante, andavano rifuse spese ripetibili da parte di

¹⁰¹² Sul tema cfr. FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 39 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 5.

¹⁰¹³ Cfr. n. 557.

¹⁰¹⁴ Cfr. infra n. 570 e 577 - 579.

quest'ultimo¹⁰¹⁵. Altri autori ritenevano invece che un'indennità per spese ripetibili non andasse concessa¹⁰¹⁶, rispettivamente che il convenuto non dovesse rifonderla al precedente in caso di assenza di contestazione della domanda, mentre in caso contrario tornasse applicabile pienamente il principio della soccombenza¹⁰¹⁷.

Quanto alla prassi cantonale, alcuni tribunali riconoscevano spese ripetibili, ripartendole - in alcuni casi - secondo il principio di soccombenza, ove il convenuto si fosse opposto alla domanda¹⁰¹⁸. Altre autorità giudicanti ritenevano di contro che nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non vi fosse diritto alla rifusione di spese ripetibili, ogni parte dovendo sostenere i suoi costi¹⁰¹⁹.

Con la già citata decisione di principio del 6 gennaio 2014¹⁰²⁰, il Tribunale federale ha sancito che in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, in caso di accoglimento della domanda, al convenuto vanno rifuse le spese ripetibili in cui è incorso, indipendentemente dal fatto che egli si sia opposto o meno alla domanda avversaria¹⁰²¹. Le motivazioni che hanno condotto il Tribunale federale ad una tale conclusione sono le medesime già esposte con riferimento alla problematica delle spese giudiziarie, ovvero, in sintesi, l'assenza di soccombenza delle parti, il fatto che il giudice debba analizzare d'ufficio la riunione delle condizioni poste dall'art. 158 CPC, il fatto che la procedura serva principalmente gli interessi dell'istante ed il fatto che sia nelle mani di quest'ultimo la possibilità o meno di introdurre una causa di merito¹⁰²².

b) *Analisi critica*

Le motivazioni addotte dal Tribunale federale a sostegno della sua conclusione essendo le medesime valevoli per le spese processuali, ritengo, anche con

¹⁰¹⁵ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 40 ad art. 158 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 9b ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 26 ad art. 158 CPC.

¹⁰¹⁶ MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 318; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 947; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 31 ad art. 158 CPC, il quale tuttavia, in tale edizione più recente, si è allineato alla giurisprudenza federale, pur criticandola.

¹⁰¹⁷ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 5.

¹⁰¹⁸ OGer ZH, PF130022, del 6 agosto 2013, consid. 3; *contra*: OGer ZH, LF130054, del 17 ottobre 2013, consid. 4.3.

¹⁰¹⁹ HGer BE, HG1180, del 6 giugno 2013, pubblicata in: ZBJV 149/2013, pag. 758; HGer ZH, HE130008, del 7 maggio 2013, pubblicata in: ZR 112/2013, pag. 217, consid. 15; HGer ZH, HE120488, del 3 maggio 2013, pubblicata in: ZR 112/2013, pag. 214, consid. 16.

¹⁰²⁰ DTF 140 III 30.

¹⁰²¹ DTF 140 III 30, consid. 3.6.

¹⁰²² Cfr. infra n. 583 - 586.

riferimento alle spese ripetibili, la decisione in discussione condivisibile nel suo risultato, anche se alcune motivazioni mi paiono discutibili¹⁰²³.

- 606 In sostanza, dal mio punto di vista, due sono le ragioni che motivano un accollo delle spese ripetibili al precedente indipendentemente dall'opposizione o meno alla domanda da parte del resistente. In primo luogo, poiché la procedura serve in modo preponderante gli interessi dell'istante, ragione per cui, da un punto di vista dell'equità, è giusto che questo si assuma tutte le spese che ne derivano, mentre il convenuto vi è coinvolto ed è spesso tenuto a parteciparvi e a difendersi, ciò che non deve comportare per lui l'accollo di costi¹⁰²⁴. Secondariamente, mi sembra nuovamente determinante il fatto che l'introduzione dell'eventuale causa di merito dipenda dalla sola scelta dell'istante (e futuro attore), mentre il convenuto non avrebbe altra possibilità di recuperare le spese ripetibili della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, se non con un'azione di accertamento negativo¹⁰²⁵.
- 607 In definitiva, richiamate nuovamente le peculiarità della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, mi sembra dunque lecito che il precedente, in caso di accoglimento della domanda, rifonda congrue ripetibili al convenuto, anche ove questo si sia opposto senza successo alla sua domanda. L'istante potrà poi chiederne una diversa ripartizione nella causa di merito. Ove invece una tale causa non venga mai introdotta, le spese ripetibili della procedura provvisoria restano a suo carico, la sua rinuncia al far valere la pretesa materiale valendo in sostanza quale desistenza e dunque soccombenza¹⁰²⁶.

B) Procedura contestuale alla causa di merito

- 608 Nel caso in cui la procedura di merito sia già pendente, la soluzione più logica e giustificata mi sembra invece quella, in caso di accoglimento della domanda di assunzione di prove a titolo cautelare, di rinviare il giudizio sulle spese ripetibili alla decisione di merito, come permesso dall'art. 104 cpv. 3 CPC¹⁰²⁷. Sul tema vale per analogia quanto già indicato con riferimento alle spese processuali¹⁰²⁸.

3. Cauzione per le spese ripetibili

- 609 Con riferimento alle spese ripetibili, appare infine opportuno ricordare come la parte convenuta in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non

¹⁰²³ Cfr. infra n. 588 - 593.

¹⁰²⁴ Cfr. anche TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1096; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 93.

¹⁰²⁵ Cfr. n. 592.

¹⁰²⁶ DTF 140 III 30, consid. 3.5.

¹⁰²⁷ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1097; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 36 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 72; STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 50.

¹⁰²⁸ Cfr. infra n. 595 - 596.

abbia diritto ad ottenere una cauzione per le spese ripetibili ai sensi dell'art. 99 CPC¹⁰²⁹. L'assunzione di una tale prova avviene, infatti, in procedura sommaria, ragione per cui l'esclusione di cui all'art. 99 cpv. 3 lett. c CPC torna pienamente applicabile.

VI. Schema riassuntivo

La sorte delle spese giudiziarie in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare può dunque essere riassunta, secondo l'opinione qui sostenuta, come nello schema qui di seguito esposto. 610

Stato procedura Esito domanda	Causa di merito non ancora pendente	Causa di merito già introdotta
Domanda accolta	Art. 107 cpv. 1 lett. f CPC Accollo delle spese giudiziarie all'istante con possibilità di recupero nella procedura di merito	Art. 104 cpv. 3 CPC Rinvio della decisione sulle spese giudiziarie alla decisione di merito
Domanda respinta	Art. 106 cpv. 1 CPC Accollo delle spese giudiziarie all'istante senza possibilità di rimessa in discussione nella causa di merito	Art. 106 cpv. 1 CPC Accollo delle spese giudiziarie all'istante senza possibilità di rimessa in discussione nella causa di merito

VII. In caso di estensione da parte del convenuto del tema probatorio e di delucidazione/completamento peritale

La fissazione e la ripartizione delle spese giudiziarie può essere influenzata dalla posizione processuale assunta dalla parte convenuta. In particolare appare interessante approfondire quali conseguenze abbiano sulla questione delle spese giudiziarie la partecipazione all'assunzione del mezzo di prova da parte della 611

¹⁰²⁹ HGer BE, decisione del 5 maggio 2011, pubblicata in CAN 2012, n. 25, pag. 77; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1096; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 73; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 40 ad art. 158 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 9b ad art. 158 CPC.

parte resistente e un'eventuale estensione del tema probatorio. A ciò va aggiunto il caso in cui le parti, in particolare quella convenuta, formulino, nell'ambito di una procedura cautelare tendente ad assumere una prova peritale, delle domande di completamento e delucidazione della perizia.

1. Semplici domande complete

- 612 Si è già detto in precedenza della possibilità, discendente dal suo diritto a partecipare all'assunzione probatoria, per la parte convenuta in un processo di assunzione di prove a titolo cautelare di formulare delle domande complete, per esempio ad un teste o al perito giudiziario¹⁰³⁰.
- 613 Orbene, nella misura in cui tali domande non travalichino il tema probatorio proposto dall'istante, la parte convenuta è legittimata a proporle liberamente senza che questo debba comportare per lei l'assunzione di spese giudiziarie¹⁰³¹. Il Tribunale federale, richiamando la prassi già in uso nel Canton Berna sotto l'egida del relativo Codice di diritto processuale cantonale¹⁰³², ha posto in modo chiaro tale principio indicando come una tale tipologia di domande non possa condurre ad oneri finanziari in capo al convenuto¹⁰³³.
- 614 La soluzione mi sembra condivisibile e coerente con il principio per cui le spese giudiziarie legate all'assunzione di un mezzo di prova sono di principio a carico del richiedente, la procedura in rassegna servendo i suoi interessi. Il convenuto viene, infatti, coinvolto suo malgrado nel procedimento, nell'ambito del quale ha diritto di difendersi - e dunque pure di formulare domande complete - senza incorrere in oneri finanziari.

2. Tema probatorio esteso

- 615 La soluzione è invece diversa nel caso in cui il convenuto proceda alla formulazione di domande che esulano dal tema probatorio originario proposto dall'istante o provveda a sua volta a chiedere l'assunzione di ulteriori mezzi di prova. Già si è detto che un tale modo di procedere va trattato alla stregua di una contro istanza¹⁰³⁴ e che il giudice può chiedere al convenuto un anticipo delle spese processuali prevedibili derivanti dalla stessa¹⁰³⁵.

¹⁰³⁰ Cfr. n. 386.

¹⁰³¹ GUYAN, *BSK ZPO*, n. 9a ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1092; BOHNET, *Procédure civile*, n. 1493; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 90; BRÖNNIMANN, *Aspekte*, pag. 72; *contra*: MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 318.

¹⁰³² LEUCH/MARCBACH/KELLERHALS/STERCHI, *ZPO BE*, n. 2b ad art. 226 CPC/BE.

¹⁰³³ DTF 139 III 33, consid. 4.

¹⁰³⁴ Cfr. n. 385.

¹⁰³⁵ Cfr. n. 566.

Al momento della fissazione delle spese giudiziarie il giudice dovrà dunque tenere conto dell'estensione proposta dal convenuto¹⁰³⁶ e quest'ultimo potrà essere tenuto ad assumersi una parte delle spese processuali ed a rifondere congrue spese ripetibili all'istante, le quali potranno essere, se del caso ed eventualmente in parte, compensate con quelle dovutegli dal medesimo. 616

Anche in questo caso, la soluzione proposta mi sembra perfettamente coerente con il principio per cui l'assunzione di un mezzo di prova serve principalmente l'interesse di colui che ne postula l'amministrazione anticipata. Procedendo il convenuto, nel suo interesse, ad un'estensione del tema probatorio o alla richiesta di assunzione di ulteriori mezzi di prova, è dunque corretto che egli sostenga gli oneri finanziari connessi a tale sua domanda. Come avviene per le spese giudiziarie a carico dell'istante, una diversa ripartizione nel processo di merito è tuttavia sempre possibile, tranne, dal mio punto di vista, nel caso in cui la domanda cautelare venga respinta. Sul tema vale in sostanza quanto già esposto sopra in relazione alla fissazione e alla ripartizione delle spese giudiziarie¹⁰³⁷. 617

3. Problematiche di distinzione tra domande complete ed estensione del tema probatorio

La distinzione tra delle semplici domande complete - per esempio in ambito peritale - e delle domande che estendono il tema del referto richiesto dall'istante, non necessariamente risulterà sempre scevra da problematiche. In alcuni casi, il confine tra le due costellazioni potrebbe, infatti, risultare assai labile. A maggior ragione in una procedura nella quale le allegazioni delle parti risultano concise e l'oggetto litigioso viene unicamente abbozzato¹⁰³⁸, considerato che le pretese delle parti derivanti dal diritto materiale devono unicamente essere affacciate, nell'ottica della dimostrazione dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC. 618

Se, a titolo di esempio, il convenuto che estende al tema della causalità naturale l'oggetto di una perizia volta a determinare le sequele fisiche e psicologiche patite dall'istante a seguito di un incidente della circolazione, procede indubbiamente ad un'estensione del tema probatorio e deve dunque sopportare una parte dei costi di quel referto, più delicata è la questione a sapere se il convenuto che chiede al perito - a fronte di un mero accertamento della presenza di micro-infiltrazioni in un immobile richiesto dall'istante - di determinare pure l'origine e la causa delle medesime, vada trattato allo stesso modo e se le sue 619

¹⁰³⁶ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1092; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 90; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 38 ad art. 158 CPC.

¹⁰³⁷ Cfr. n. 572 segg.

¹⁰³⁸ Cfr. n. 227 segg.

domande possano ancora inserirsi nel tema affacciato dal precedente, ovvero, in questo caso, la presenza di difetti dell'opera.

- 620 Non credo che la problematica possa trovare qui una soluzione di carattere generale e meramente teorico. Dal mio punto di vista, il giudice dovrà piuttosto valutare complessivamente ogni caso concreto a lui sottoposto, tenendo, non da ultimo, pure conto dell'impatto dell'intervento del convenuto sull'amministrazione della prova. In materia peritale mi sembra pertanto opportuno che il giudice consideri pure l'impatto delle domande del convenuto sull'attività del perito, in termini di tempo e di difficoltà del suo intervento e, di riflesso, le conseguenze di tale ulteriore impegno sulle spese peritali. Con riferimento all'esempio sopra evocato, ben si comprende come l'intervento richiesto dall'istante, volto all'accertamento di micro-infiltrazioni, potrebbe essere esaurito dal perito con un mero accertamento visivo in loco e la raccolta del necessario materiale fotografico. Al contrario, la ricerca dell'origine e delle cause di una tale problematica, potrebbe richiedere analisi più approfondite, quali lo smontaggio di una parte del tetto dell'immobile, l'analisi dell'impermeabilità dei materiali utilizzati, ecc. Il tutto con un importante impatto sulle spese peritali. Spese peritali che, in tali circostanze, mi sembra poco sostenibile siano da porre integralmente a carico del precedente.
- 621 Riassumendo, nella valutazione di ciascun caso specifico, ritengo che il giudice debba sostanzialmente tenere conto di due criteri per la determinazione della tipologia di domande poste dalla controparte. Da una parte egli deve valutare l'origine e le cause di detta domanda, rispondendo al quesito a sapere se le stesse possano ancora inserirsi nel tema probatorio proposto dall'istante, oppure se lo travalicano. Dall'altra, s'imporrà pure una presa in considerazione dell'impatto, da un punto di vista tempistico e finanziario, delle domande in questione sull'amministrazione del mezzo di prova.

4. Delucidazione e/o completamento peritale

- 622 Applicando i principi dianzi esposti al caso particolare delle domande di elucidazione e/o completamento peritale, appare chiaro come anche gli oneri processuali legati a tale passaggio procedurale vadano ripartiti principalmente tenendo conto del criterio dell'interesse all'assunzione del mezzo di prova in questione.
- 623 Ora, nell'ambito di una elucidazione e/o completamento peritale non sono ammesse domande nuove e un'estensione del tema probatorio è dunque esclusa¹⁰³⁹. Da ciò discende che le domande in questione costituiscono delle mere domande complete che non conducono ad una modifica dell'oggetto della prova. Mi sembra pertanto giustificato che le spese connesse a tali

¹⁰³⁹ Cfr. n. 537.

domande restino a carico della parte richiedente l'assunzione della prova peritale. Questo anche ove i quesiti ulteriori vengano posti dalla controparte, poiché nuovamente è la legge che, a garanzia del suo diritto di essere sentita, le garantisce di poter partecipare all'amministrazione del mezzo di prova. Diritto che deve poter essere esercitato, a questo stadio processuale, senza incorrere in oneri finanziari.

Analogamente, le spese giudiziarie connesse ad una domanda di delucidazione e/o completamento di parte di un referto peritale che si riferisce all'ambito probatorio esteso su richiesta della parte resistente, sono da porre a carico di quest'ultima, anche ove i quesiti completivi vengano posti dall'istante. 624

In sostanza mi sembra dunque giustificato che, impregiudicata una diversa ripartizione in esito alla procedura di merito, ognuna delle due parti assuma i costi connessi all'assunzione probatoria per la parte riferita ai rispettivi temi probatori proposti, una tale assunzione servendone i relativi interessi. Non si disconosce tuttavia che la questione riveste una certa delicatezza, soprattutto laddove soltanto una parte sollecita una delucidazione e/o un completamento peritale di portata importante, riferiti al tema probatorio proposto dalla controparte. Le spese peritali di un tale complemento peritale potrebbero essere anche di una certa ampiezza e persino superare quelle del referto peritale stesso. Mi sembra dunque fondamentale che il giudice si riveli qui particolarmente rigoroso nell'ammissione dei quesiti di completamento e/o delucidazione della perizia, limitandosi a quelli strettamente necessari e giustificati, ad esclusione di qualsivoglia estensione del tema originario del referto. 625

VIII. Spese giudiziarie nella procedura ricorsuale

Tutto quanto esposto in precedenza si riferisce alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare in primo grado. In caso d'impugnazione della decisione del giudice di prima istanza, torna di contro pienamente applicabile il principio di soccombenza per la ripartizione delle spese giudiziarie di una tale procedura di secondo¹⁰⁴⁰, ed eventualmente terzo¹⁰⁴¹, grado¹⁰⁴². In sostanza, il meccanismo della soccombenza, in relazione alle richieste delle parti riferite all'impugnativa¹⁰⁴³, torna qui pienamente di attualità. 626

¹⁰⁴⁰ Cfr. art. 106 cpv. 1 CPC.

¹⁰⁴¹ Cfr. art. 66 cpv. 1 LTF.

¹⁰⁴² DTF 140 III 30, consid. 4; TF 4A_225/2013, decisione del 14 novembre 2013, consid. 3, non pubblicato in DTF 140 III 16; TF 4A_336/2013, decisione del 10 dicembre 2013, consid. 4, non pubblicato in DTF 140 III 24; OGer ZH, PF140028, del 22 agosto 2014, consid. 5.2.4; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44c ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 92.

¹⁰⁴³ TF 4A_146/2011, decisione del 12 maggio 2011, consid. 3.3.

- 627 La soluzione mi sembra di principio condivisibile, considerato come a questo stadio del processo sia giusto ed equo che ogni parte si assuma le conseguenze finanziarie del proprio agire processuale. Questo certamente anche laddove l'impugnativa sia proposta dalla parte convenuta, considerato che in questo caso la stessa non può più dirsi coinvolta in un procedimento, in specie quello di secondo o terzo grado, contro la sua volontà, né può sostenere che detta procedura ricorsuale serva unicamente gli interessi dell'istante.
- 628 Più delicata è di contro la posizione di quel convenuto che si oppone, con la propria risposta, all'impugnativa avversaria ed esce sconfitto, il gravame dell'istante venendo accolto. Difatti, in un tale caso, ci si potrebbe chiedere se i principi esposti con riferimento alla procedura di prima istanza possano essere traslati - ed in che misura - anche alle istanze superiori. La risposta deve, dal mio punto di vista, essere negativa. In un tal caso, infatti, la parte convenuta, opponendosi all'impugnativa avversaria, si identifica nella decisione errata di primo grado - di cui postula la conferma - e mi sembra pertanto giustificato che assuma le conseguenze della sua soccombenza in sede ricorsuale, riferita alla sua richiesta di reiezione del ricorso¹⁰⁴⁴.
- 629 Laddove invece la parte resistente rinunci a prendere posizione sul ricorso avversario, rispettivamente si rimetta al giudizio del tribunale, la problematica diviene ancora più acuta¹⁰⁴⁵. In questo caso, stante le già descritte peculiarità della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, non mi sembra sostenibile che il comportamento passivo della parte convenuta, coinvolta suo malgrado nella procedura - di primo grado e ricorsuale - possa comportare l'accollo delle spese giudiziarie alla medesima¹⁰⁴⁶. Le soluzioni credo siano dunque sostanzialmente due: il tribunale potrà prescindere dal prelievo di spese processuali e dall'attribuzione di ripetibili, oppure prevedere una ripartizione secondo equità, ponendo le spese processuali a carico del Cantone¹⁰⁴⁷ e non attribuendo ripetibili. Questo perlomeno in seconda istanza¹⁰⁴⁸, mentre più difficile sarà una tale soluzione dinanzi al Tribunale federale, il quale pone le

¹⁰⁴⁴ Cfr. TF 4A_146/2011, decisione del 12 maggio 2011, consid. 3.3; DTF 119 Ia 1, consid. 6b.

¹⁰⁴⁵ Al riguardo, la giurisprudenza del Tribunale federale - senza contare la problematica aggiuntiva delle peculiarità della procedura ex art. 158 CPC - risulta già di per sé alquanto incerta, seppur recentemente l'Alta Corte sembri preferire la soluzione per cui anche la parte rimasta silente è da considerarsi soccombente: DTF 128 II 90, consid. 2; DTF 123 V 156, consid. 3; TF 5A_494/2015, decisione del 18 gennaio 2016, consid. 5; TF 4C.88/2006, decisione del 26 settembre 2006, consid. 8, non pubblicato in DTF 132 III 747; *contra*: TF 4D_30/2009, decisione del 1 luglio 2009, consid. 6; TF 5P.210/2003, decisione del 11 settembre 2003, consid. 4.

¹⁰⁴⁶ Così anche: FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44c ad art. 158 CPC.

¹⁰⁴⁷ Art. 107 cpv. 2 CPC.

¹⁰⁴⁸ JENNY, *Kommentar ZPO*, n. 8 ad art. 106 CPC; SEILER, *Berufung*, pag. 678.

spese processuali a carico della collettività pubblica solo in casi estremamente eccezionali¹⁰⁴⁹.

IX. Gratuito patrocinio

1. In generale

Giusta l'art. 117 CPC, ha diritto al gratuito patrocinio chiunque sia sprovvisto dei mezzi necessari e la cui domanda non appaia priva di possibilità di successo. Tale norma esplicita il principio fondamentale posto all'art. 29 cpv. 3 Cost., che mira a garantire un libero accesso alla giustizia anche alle persone con mezzi finanziari limitati¹⁰⁵⁰. 630

Secondo unanime dottrina, il diritto al gratuito patrocinio esiste in qualsiasi tipo di procedura, sia essa di carattere contenzioso o di volontaria giurisdizione, venga trattata col rito sommario, semplificato o ordinario, così come si tratti di una procedura cautelare o di merito¹⁰⁵¹. Al proposito il Tribunale federale ha più volte indicato che il gratuito patrocinio entra in linea di conto per ogni procedura statale in cui, colui che ne postula la concessione, viene coinvolto o che risulta necessaria per la tutela dei suoi diritti¹⁰⁵². 631

La problematica del diritto al gratuito patrocinio nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare risulta di particolare importanza pratica, considerate le significative implicazioni finanziarie che comporta il ricorso a tale istituto. Al riguardo si è, infatti, già indicato come la parte che decida di ricorrere a tale strumento debba di regola sopportarne integralmente i costi, accollandosi la tassa di giustizia e le spese dell'assunzione dalla prova richiesta, nonché rifondendo un'indennità per ripetibili alla controparte¹⁰⁵³. L'impegno finanziario del richiedente potrebbe essere pertanto assai importante. Aspetto che è passibile di costituire un innegabile ostacolo all'accesso allo strumento in narrativa per quelle parti economicamente più deboli. 632

¹⁰⁴⁹ CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 20 e 20a ad art. 66 LTF.

¹⁰⁵⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 51; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 166; TAPPY, *CPC commenté*, n. 3 ad art. 117 CPC; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 117 CPC; BÜHLER, *BK ZPO*, n. 3 ad Vorb. zu artt. 117 - 123 CPC; EMMEL, *Kommentar ZPO*, n. 1 ad art. 117 CPC.

¹⁰⁵¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 16, n. 52; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 167; TAPPY, *CPC commenté*, n. 9 ad art. 117 CPC; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 6 ad art. 117 CPC; BÜHLER, *BK ZPO*, n. 7 ad Vorb. zu artt. 117 - 123 CPC; EMMEL, *Kommentar ZPO*, n. 3 ad art. 117 CPC.

¹⁰⁵² DTF 130 I 180, consid. 2.2; DTF 128 I 225, consid. 2.3; TF 5A_395/2012, decisione del 16 luglio 2012, consid. 4.4.1; TF 4A_20/2011, decisione del 11 aprile 2011, consid. 8.1.

¹⁰⁵³ Cfr. n. 610.

2. Nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare

- 633 Considerati i principi sopra esposti, la dottrina riteneva coerentemente che il diritto al gratuito patrocinio sussistesse pure per una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare¹⁰⁵⁴. Ad analoga conclusione era pure giunta la giurisprudenza cantonale¹⁰⁵⁵, ritenuto che delle divergenze erano ravvisabili solo con riferimento alla questione a sapere se le possibilità di successo del processo dovessero essere analizzate avuto riguardo alla domanda di assunzione di prove a titolo cautelare¹⁰⁵⁶ o alla pretesa di merito sottostante alla medesima¹⁰⁵⁷.

A) Soluzione giurisprudenziale

- 634 In una sentenza di principio del 16 gennaio 2014¹⁰⁵⁸, il Tribunale federale ha stabilito che nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare in cui il richiedente allega un interesse degno di protezione non vi è diritto al gratuito patrocinio.
- 635 Secondo i giudici federali, in una simile procedura di assunzione di prove a titolo cautelare - non essendo il giudice chiamato a decidere su diritti e obblighi delle parti derivanti dal diritto materiale - il richiedente non è minacciato di perdita di diritto alcuno se la sua richiesta viene respinta¹⁰⁵⁹. In una tale procedura si tratta, infatti, unicamente di decidere sull'amministrazione anticipata di un mezzo di prova, eventualmente teso a chiarire le possibilità di un futuro processo e il giudice non è nemmeno tenuto a valutare le probabilità di successo dell'eventuale successiva causa di merito tendente a far valere la pretesa affacciata dall'istante¹⁰⁶⁰, le quali sono determinanti per la concessione del gratuito patrocinio¹⁰⁶¹.
- 636 In sostanza, in assenza di un tale rischio di perdita di un diritto da parte dell'istante e di analisi da parte del giudice delle possibilità di esito favorevole dell'eventuale causa di merito, il diritto al gratuito patrocinio sarebbe da escludersi nelle procedure di assunzione di prove a titolo cautelare, perlomeno per i casi volti al chiarimento delle possibilità di successo di un futuro processo di merito, casistica a cui la citata sentenza si riferisce.

¹⁰⁵⁴ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 26 ad art. 158 CPC; mentre FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 42 ad art. 158 CPC, si è ora allineato all'opinione del Tribunale federale.

¹⁰⁵⁵ OGer ZH, LF120042, del 30 luglio 2012, consid. 3; OGer ZH, LF120024, del 14 maggio 2012, consid. IV; GVP/SG 2012, n. 50.

¹⁰⁵⁶ OGer ZH, LF120042, del 30 luglio 2012, consid. 3.

¹⁰⁵⁷ GVP/SG 2012, n. 50.

¹⁰⁵⁸ DTF 140 III 12.

¹⁰⁵⁹ DTF 140 III 12, consid. 3.3.3.

¹⁰⁶⁰ DTF 140 III 12, consid. 3.3.4.

¹⁰⁶¹ DTF 140 III 12, consid. 3.3.

Tale soluzione è stata successivamente confermata dall'Alta Corte in una decisione di data 22 settembre 2015¹⁰⁶², emanata in esito ad un ricorso di una parte ad una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare ex art. 158 cpv. 1 lett. b secondo periodo CPC, che si era vista revocare con effetto *ex nunc* il diritto al gratuito patrocinio in precedenza concessole e questo in applicazione dell'orientamento giurisprudenziale del Tribunale federale sopra ricordato. 637

In tale decisione i giudici federali hanno confermato i ragionamenti esposti nel precedente pronunciato in materia di gratuito patrocinio in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, per poi respingere tutta una serie di censure specifiche sollevate dal ricorrente in punto alla violazioni di diverse norme costituzionali e di diritto cogente. In particolare, il Tribunale federale ha rilevato come dall'art. 29a Cost. non possa essere desunto un diritto al gratuito patrocinio¹⁰⁶³, nonché come nemmeno l'art. 6 CEDU - il quale non torna dunque applicabile - garantisca di principio un tale diritto in procedure cautelari in cui non viene emanata alcuna decisione di merito, ma solo in procedimenti che portano su diritti o obblighi di carattere civile o, eccezionalmente, in procedure cautelari nelle quali vengono adottate misure determinanti per il diritto o l'obbligo di carattere civile in gioco, indipendentemente dalla valenza temporale delle medesime¹⁰⁶⁴. Quanto all'allegata dal ricorrente disparità di trattamento tra quelle parti finanziariamente deboli e quelle invece che possono permettersi economicamente l'accesso alla giustizia, i giudici federali hanno in fin dei conti rilevato come una tale disparità non esista, poiché la parte finanziariamente debole ha la possibilità di avviare la causa di merito postulando la concessione del gratuito patrocinio, che gli verrà concesso ove la causa non si riveli sin dall'inizio priva di qualsivoglia possibilità di esito favorevole e questo dunque senza incorrere in particolari rischi finanziari, ciò che invece non è il caso per la parte economicamente agiata, la quale ha dunque a sua disposizione lo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare per meglio valutare le sue prospettive processuali¹⁰⁶⁵. 638

B) Analisi critica

La dottrina che ha avuto modo di commentare la decisione emanata dal Tribunale federale ha criticato in modo chiaro la soluzione a cui questo è giunto, ritenendola non condivisibile né nelle motivazioni, né nel risultato¹⁰⁶⁶. In 639

¹⁰⁶² DTF 141 I 241.

¹⁰⁶³ DTF 141 I 241, consid. 4.1, con riferimento a DTF 128 I 237, consid. 3 e TF 2C_959/2012, decisione del 4 ottobre 2012, consid. 2.

¹⁰⁶⁴ DTF 141 I 241, consid. 4.2.1.

¹⁰⁶⁵ DTF 141 I 241, consid. 4.3.4.

¹⁰⁶⁶ DOMEJ, *Hoffnung*, pagg. 94 e 95; MEIER, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 318; DROESE, *Urteilbesprechung*, pag. 234; STANISCHEWSKI, *Vorsorgliche Beweis-*

particolare, DOMEJ¹⁰⁶⁷ rileva come non esista alcuna base legale che giustifichi un'esclusione del diritto al gratuito patrocinio per quei procedimenti che non hanno per oggetto una pretesa di diritto materiale delle parti e nella quale il richiedente non rischia dunque di subire la perdita di un suo diritto. Oltre a quanto esposto, seguendo la conclusione del Tribunale federale, lo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare assurgerebbe ad istituto al servizio di soltanto coloro che se lo possono economicamente permettere. Le parti cui fanno difetto i necessari mezzi economici sarebbero dunque costrette ad avviare una procedura di merito, senza possibilità alcuna di verificare preventivamente le possibilità di esito favorevole della medesima, rischiando di dover poi rifondere spese ripetibili alla controparte¹⁰⁶⁸.

- 640 Quanto a DROESE¹⁰⁶⁹, egli ha in particolare rilevato come sia contrario allo scopo di evitazione dei processi inutili - mirato dal legislatore con l'introduzione dello strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare esteso alla costellazione dell'interesse degno di protezione - obbligare la parte economicamente debole ad avviare una causa di merito, nel cui contesto avrà, se dati i presupposti, diritto al beneficio del gratuito patrocinio.
- 641 Ora, da un punto di vista dogmatico la soluzione proposta dal Tribunale federale non mi sembra si presti a particolare critica, nella misura in cui in realtà non fa altro che applicare all'assunzione di prove a titolo cautelare giustificata da un interesse degno di protezione la chiara giurisprudenza relativa al gratuito patrocinio ed alle procedure in cui questo può essere sollecitato. In particolare, l'Alta Corte ha da tempo negato un tale diritto in quelle procedure in cui il richiedente non rischia la perdita di alcun diritto¹⁰⁷⁰. E che in caso di impossibilità d'inoltro di una procedura fondata sull'art. 158 cpv. 1 lett. b secondo periodo CPC una parte non incorra in un tale rischio, mi sembra innegabile.
- 642 Non si può tuttavia disconoscere che il risultato pratico a cui detta soluzione giurisprudenziale giunge è ben poco soddisfacente. Il fatto di riservare lo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare per valutare le proprie prospettive processuali soltanto a quelle parti che se lo possono economicamente permettere, disattende infatti in parte lo scopo e la finalità del medesimo, con la

führung, pag. 51; SCHUMACHER, *Bundesgerichtspraxis zur vorsorglichen Beweisführung*, pagg. 37 e 38.

¹⁰⁶⁷ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 95.

¹⁰⁶⁸ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 95, con riferimento all'art. 122 cpv. 1 lett. d CPC.

¹⁰⁶⁹ DROESE, *Urteilbesprechung*, pag. 234.

¹⁰⁷⁰ DTF 135 I 102, consid. 3.2.3; DTF 121 I 314, consid. 3b; TF 1C_378/2012, decisione del 7 febbraio 2013, consid. 2.2; TF 5P.305/2000, decisione del 17 novembre 2000, consid. 3.

cui introduzione si mirava pure ad evitare l'avvio di procedure inutili¹⁰⁷¹. Le parti economicamente deboli sono obbligate ad avviare delle procedure, nelle quali invece hanno di principio diritto al gratuito patrocinio, che si potrebbero poi rivelare inutili, il tutto con, non da ultimo, costi finanche superiori per lo Stato¹⁰⁷². Resta poi irrisolta la problematica delle spese ripetibili del processo di merito a cui dette parti rischiano di andare incontro, aspetto che il Tribunale federale ha ignorato. Se è infatti vero che anche in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare il richiedente al beneficio del gratuito patrocinio dovrebbe comunque rifondere una tale indennità alla controparte, non si può disconoscere che in una procedura di merito la medesima, non coperta dal gratuito patrocinio¹⁰⁷³, potrebbe assumere un ordine di grandezza ben più importante.

Riassumendo quanto esposto, la soluzione a cui è giunto il Tribunale federale non può certo dirsi scorretta nelle motivazioni che la sorreggono. Nel risultato la medesima solleva tuttavia alcune perplessità e problematiche che mi sembrano ben lungi dall'essere risolte. 643

C) Ambito applicativo

I due precedenti giurisprudenziali dianzi citati si riferivano a due casi di assunzione di prove a titolo cautelare motivate da un interesse degno di protezione ai sensi dell'art. 158 cpv. 1 lett. b secondo periodo CPC. V'è dunque da chiedersi se la medesima trovi applicazione pure ove la richiesta si fondi sull'art. 158 cpv. 1 lett. a CPC, rispettivamente sia giustificata da un'esposizione a pericolo di un mezzo di prova ex art. 158 cpv. 1 lett. b primo periodo CPC. 644

La risposta deve dal mio punto di vista essere certamente negativa per quei casi in cui il richiedente dimostri che, senza l'assunzione di quel mezzo di prova, vi è la concreta minaccia di non poter successivamente imporre una propria pretesa derivante dal diritto materiale, in particolare perché un mezzo di prova scompare o una fattispecie oggetto di prova si modifica e non può più essere accertata in un secondo tempo. In questo caso, il rischio della perdita di un diritto, seppur riferita alla successiva potenziale causa di merito, mi sembra innegabile¹⁰⁷⁴. 645

Da quanto esposto ne viene che, dal mio punto di vista, in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, in caso di esposizione a pericolo di un 646

¹⁰⁷¹ SUMMERMATTER, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zur unengeltlichen Rechtspflege*, pag. 210.

¹⁰⁷² Spesso le spese di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, seppur importanti, sono comunque più contenute rispetto a quelle della causa di merito che si potrebbe evitare con il ricorso a quello strumento.

¹⁰⁷³ Art. 122 cpv. 1 lett. d CPC.

¹⁰⁷⁴ Così anche: SUMMERMATTER, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zur unengeltlichen Rechtspflege*, pag. 210.

mezzo di prova, il diritto al gratuito patrocinio va di principio riconosciuto¹⁰⁷⁵. D'altro canto sarebbe scioccante che una parte economicamente debole debba rinunciare all'assunzione di un mezzo di prova che rischia di scomparire, precludendosi potenzialmente le proprie possibilità di successo nella causa di merito, a ragione dell'impossibilità di far fronte alle spese processuali.

- 647 Quanto all'assunzione anticipata di prove fondata su una norma di diritto materiale, ritengo che ogni caso debba essere valutato singolarmente, rispondendo alla domanda a sapere se il richiedente rischia, anche solo potenzialmente, la perdita di un suo diritto. Ad esempio, si pensi al caso previsto all'art. 427 cpv. 3 CO, ovvero alla possibilità di assumere una prova a titolo cautelare sullo stato di merce difettosa e che rischia di deteriorarsi ricevuta dal commissionario¹⁰⁷⁶. In questo caso, l'amministrazione del mezzo di prova è giustificata dal rischio di modificazione dell'oggetto della prova, per modo che in futuro un accertamento sarebbe impossibile o la relativa portata probatoria ne risulterebbe irrimediabilmente compromessa. La perdita, anche se solo potenziale, di un diritto da parte del commissionario mi sembra dunque qui innegabile.
- 648 Detto ciò, si pone il problema a sapere come vadano determinate le probabilità di successo nell'ottica di decidere sul diritto o meno alla concessione del gratuito patrocinio. In altri termini occorre domandarsi se tali probabilità di successo vadano valutate con riferimento alla domanda di assunzione di prove a titolo cautelare in quanto tale oppure con riguardo alla futura o contestuale causa di merito. Ora, come sopra ricordato, nella sua decisione di principio il Tribunale federale ha ritenuto che le probabilità di successo determinanti sarebbero quelle della procedura di merito e non invece quelle della domanda di tutela giurisdizionale cautelare¹⁰⁷⁷. Tale conclusione è chiaramente problematica, poiché in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare il richiedente non è tenuto a rendere verosimile il buon fondamento della causa di merito a cui la sua istanza è funzionale e nemmeno il giudice è tenuto a chinarsi su tale aspetto¹⁰⁷⁸.
- 649 In tali circostanze mi sembra logico che l'unica soluzione praticabile sia quella per cui le probabilità di successo di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare in cui il richiedente rischia la perdita di un diritto vengano valutate con riferimento alla domanda di tutela giurisdizionale cautelare medesima. Ciò mi sembra perfettamente compatibile con il testo dell'art. 117 CPC, il quale parla di

¹⁰⁷⁵ In tal senso anche: SCHUMACHER, *Bundesgerichtspraxis zur vorsorglichen Beweisführung*, pag. 38; DROESE, *Urteilbesprechung*, pag. 235; BÜHLER, *BK ZPO*, n. 9h ad Vorb. zu artt. 117 - 123 CPC, il quale parla di *Beweissicherungsverfahren*.

¹⁰⁷⁶ Cfr. n. 135.

¹⁰⁷⁷ DTF 140 III 12, consid. 3.3 e 3.4.

¹⁰⁷⁸ DTF 140 III 12, consid. 3.3.3.

probabilità di successo della domanda¹⁰⁷⁹, senza riferimento dunque a diritti e doveri delle parti derivanti dal diritto materiale. D'altro canto, che tali probabilità di successo possano essere valutate sia dal punto di vista del diritto materiale che di quello processuale è indubbio¹⁰⁸⁰.

A tale conclusione nulla dovrebbe mutare il precedente giurisprudenziale citato dal Tribunale federale a sostegno della sua decisione¹⁰⁸¹. In quel caso si trattava, infatti, di valutare la concessione del gratuito patrocinio con riferimento all'assunzione di una prova nel processo di merito ed i giudici federali avevano ricordato come, per valutare le probabilità di successo, ci si dovesse riferire alla causa nel suo insieme, ciò che è certamente corretto. L'art. 158 CPC concede tuttavia eccezionalmente l'assunzione di uno o più mezzi di prova all'infuori dello stadio classico dedicato all'istruttoria nella causa di merito e questo in una procedura indipendente di natura cautelare. La situazione mi sembra dunque ben diversa dal precedente citato dall'Alta Corte, ove si trattava unicamente di assumere una prova nel processo di merito. 650

Riassumendo quanto esposto, considerato che un ricorso allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare è ammissibile solo a condizione di rendere verosimile l'adempimento di precise condizioni, mi sembra in fin dei conti del tutto sostenibile che il ricorrente indigente possa sollecitare il beneficio del gratuito patrocinio - laddove rischia di perdere un diritto o di non poter più verosimilmente imporre tale diritto in una procedura di merito - nel caso in cui la sua domanda di tutela giurisdizionale cautelare non sia priva di probabilità di successo, ciò che va valutato con riferimento alla verosimiglianza dell'adempimento delle condizioni previste dal legislatore all'art. 158 CPC per poter ottenere l'amministrazione anticipata di un mezzo di prova. 651

¹⁰⁷⁹ *Rechtsbegehren* nella versione tedesca.

¹⁰⁸⁰ BÜHLER, *BK ZPO*, n. 233a ad art. 117 CPC; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 19 ad art. 117 CPC; EMMEL, *Kommentar ZPO*, n. 13 ad art. 117 CPC.

¹⁰⁸¹ DTF 91 I 161, consid. 2.

Capitolo 7: Natura della decisione e mezzi di impugnazione

Analogamente a quanto avvenuto in relazione ad altre questioni connesse alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, il legislatore non ha ritenuto necessario regolamentare in modo esplicito e puntuale gli aspetti della natura della decisione adottata dal giudice in esito a una tale procedura e le possibilità di impugnativa contro la medesima. Come si vedrà qui di seguito i due aspetti sono strettamente connessi, l'impugnabilità di una decisione dipendendo dalla sua qualifica. Ad oggi vigono ancora diverse incertezze dottrinali e giurisprudenziali sui temi in narrativa, ragion per cui un loro approfondimento è di sicuro interesse. 652

I. Natura della decisione

1. In generale

La qualifica giuridica di una decisione di prima istanza è di particolare importanza poiché la stessa è uno degli aspetti che concorrono alla determinazione del mezzo di impugnazione con cui la medesima può essere rimessa eventualmente in discussione¹⁰⁸². 653

Se una decisione (provvisoria) finale o incidentale¹⁰⁸³ è, infatti, suscettibile di appello¹⁰⁸⁴ rispettivamente reclamo ove il valore litigioso non superi i fr. 10'000.-¹⁰⁸⁵, una disposizione ordinatoria processuale¹⁰⁸⁶ è impugnabile unicamente mediante reclamo ove il ricorrente dimostri di subire un pregiudizio 654

¹⁰⁸² BERTI, *Rechtsmittel*, pag. 21; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 467; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 26, n. 9 segg. e 31 segg.; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pagg. 339 e 350; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 385; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 118.

¹⁰⁸³ Art. 237 CPC.

¹⁰⁸⁴ Art. 308 cpv. 1 CPC; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 468; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pagg. 337 e 339; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 26, n. 9; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 125; ABBET, *Décisions*, pagg. 372 e 385; SEILER, *Berufung*, pag. 127.

¹⁰⁸⁵ Artt. 308 cpv. 2 e 319 lett. a CPC; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 469; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 350; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 26, n. 31; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 152; ABBET, *Décisions*, pagg. 373 e 386; BRUNNER, *Beschwerde*, pagg. 45 - 47.

¹⁰⁸⁶ Art. 124 CPC.

difficilmente riparabile a dipendenza di tale decisione¹⁰⁸⁷. Tale distinzione, come si esporrà in seguito, è di particolare rilievo in materia di assunzione di prove a titolo cautelare.

- 655 Nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, il momento procedurale in cui il giudice emette la propria decisione è suscettibile di influire sulla qualificazione giuridica della stessa. Qui di seguito si distinguerà dunque il caso in cui la decisione in questione preceda la causa di merito da quello ove la stessa si inserisca in una causa principale già pendente.

2. Procedura indipendente precedente la causa di merito

A) Soluzioni proposte

- 656 La qualifica di una decisione di assunzione di prove a titolo cautelare, secondo alcuni autori e soluzioni giurisprudenziali, dipende pure dall'esito della procedura, ragione per cui qui di seguito si distinguerà il caso di reiezione della domanda da quello di accoglimento della stessa.

a) In caso di reiezione della domanda

- 657 Secondo la dottrina maggioritaria¹⁰⁸⁸ una decisione precedente la causa di merito che respinge, eventualmente in modo parziale, o dichiara irricevibile una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare deve essere qualificata quale decisione finale¹⁰⁸⁹. Questo poiché tale decisione pone fine alla procedura, la quale si chiude appunto con l'emanazione di tale pronunciato¹⁰⁹⁰.
- 658 Alcuni autori ritengono invece che una tale decisione vada qualificata quale mera disposizione ordinatoria processuale¹⁰⁹¹.
- 659 La giurisprudenza ha recepito l'opinione maggioritaria indicata, ritenuto che è oggi incontestato che una decisione di questo tipo vada qualificata come finale¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁷ Art. 319 lett. b cifra 2 CPC; MEIER, *Kritische Darstellung*, pagg. 469 - 470; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pagg. 339 e 350 segg.; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 152; ABBET, *Décisions*, pagg. 398 segg.; BRUNNER, *Beschwerde*, pagg. 47 - 48; DOLGE, *Anfechtbarkeit*, pag. 46.

¹⁰⁸⁸ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.1; DOLGE, *Anfechtbarkeit*, pag. 59; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 43 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 32 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1098; ABBET, *Décisions*, pag. 369.

¹⁰⁸⁹ Art. 236 CPC e art. 90 LTF.

¹⁰⁹⁰ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.1.

¹⁰⁹¹ GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editonspflichten*, n. 91; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21; CHERPILLOD, *Procéder*, pag. 167.

¹⁰⁹² DTF 138 III 76, consid. 1.2; DTF 138 III 46, consid. 1.1; TF 4A_352/2015, decisione

b) In caso di accoglimento della domanda

Nel caso invece in cui la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare presentata prima della pendenza della causa di merito venga accolta, la questione a sapere come la stessa vada qualificata è più incerta. 660

Alcuni autori¹⁰⁹³ ritengono, infatti, che una tale decisione - la quale non mette fine al procedimento, che prosegue con l'assunzione vera e propria del mezzo di prova - vada qualificata quale mera disposizione ordinatoria processuale. A mente di tale corrente dottrinale, una tale decisione non mettendo fine al processo, in linea di conto entrerebbe unicamente una qualifica quale decisione incidentale ex art. 237 CPC oppure, appunto, quale disposizione ordinatoria processuale. Considerato tuttavia come la decisione di ammissione di una domanda di assunzione anticipata di un mezzo di prova non permetterebbe un rilevante risparmio di tempo o di spese, una qualifica quale decisione incidentale andrebbe esclusa¹⁰⁹⁴. Inoltre, la qualifica quale disposizione ordinatoria processuale risulterebbe più adeguata considerato anche come, nel procedimento di merito, il giudice decide dell'ammissibilità delle prove emanando una tale tipologia di decisione¹⁰⁹⁵. 661

Altri autori¹⁰⁹⁶ ritengono di contro che una decisione positiva vada qualificata quale decisione incidentale ai sensi dell'art. 237 CPC. Tale corrente dottrinale pone l'accento sul fatto che una decisione che ammette l'assunzione anticipata di un mezzo di prova non si limita a regolare lo svolgimento formale e l'organizzazione materiale del processo, bensì decide la componente principale dell'istanza stessa¹⁰⁹⁷. Inoltre, una diversa decisione dell'autorità superiore 662

del 4 gennaio 2016, consid. 1.1, non pubblicato in DTF 142 III 40; TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.2.2; III CCA TI, 13.2012.50, del 20 agosto 2012, in: RtiD I-2013, pag. 811, consid. 2; III CCA TI, 13.2012.53, del 20 agosto 2012, consid. 2; CACI VD, del 1 ottobre 2012/452; CACI VD, del 23 gennaio 2012/46; CREC VD, del 12 maggio 2011/58; OGer ZH, LF110134, del 11 aprile 2012, consid. II.2.1 - II.2.3; KGer GR, ZK21210, del 3 maggio 2012, consid. 2b; C/15103/2012, del 22 febbraio 2013, consid. 1.1; KGer SG, BS.2012.5, del 5 aprile 2012, consid. II.1a.

¹⁰⁹³ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44a ad art. 158 CPC; HEINZMANN/COPT, *Expertise hors procès*, pag. 201; ABBET, *Décisions*, pag. 386; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21; CHERPILLOD, *Procéder*, pag. 167; GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 90; *lasciato indeciso da*: BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 32 ad art. 158 CPC.

¹⁰⁹⁴ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2.

¹⁰⁹⁵ TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21; HEINZMANN/COPT, *Expertise hors procès*, pag. 201; art. 154 CPC.

¹⁰⁹⁶ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1099; DOLGE, *Anfechtbarkeit*, pag. 60; SEILER, *Berufung*, pagg. 154 - 155.

¹⁰⁹⁷ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1099; DOLGE, *Anfechtbarkeit*, pag. 60.

permetterebbe di evitare l'amministrazione del mezzo di prova richiesto, risparmiando così tempo e spese¹⁰⁹⁸.

- 663 La prassi cantonale qualificava, soprattutto in un primo tempo, una tale decisione quale decisione incidentale¹⁰⁹⁹. Tuttavia, ad oggi, una buona parte dei tribunali cantonali si è allineata ad una diversa soluzione preconizzata dall'autorità superiore vodese¹¹⁰⁰, secondo cui una decisione positiva di assunzione di prove a titolo cautelare andrebbe qualificata quale disposizione ordinatoria processuale¹¹⁰¹. In sostanza tale prassi, riferendosi in particolare a quanto rilevato da TAPPY¹¹⁰², mette l'accento sul fatto che nulla giustificerebbe di trattare una decisione positiva di assunzione anticipata di un mezzo di prova in modo diverso da una decisione che ammette o meno un mezzo di prova pendente il processo di merito.
- 664 Di contro il Tribunale cantonale del Canton Zugo - approfondendo la problematica con riferimento ad una decisione di prima istanza che ammetteva l'assunzione a titolo cautelare di una perizia medica - in una sua sentenza del 2012¹¹⁰³ era giunto alla conclusione che una siffatta pronuncia andasse qualificata quale decisione incidentale. A mente dei giudici cantonali in questione, l'assunzione di un tale mezzo di prova comportava un importante dispendio di tempo e di costi, ragione per cui una diversa decisione era certamente suscettibile di produrne un conseguente rilevante risparmio¹¹⁰⁴. Da cui l'adempimento dei criteri dell'art. 237 cpv. 1 CPC.
- 665 Quanto ai giudici federali, questi hanno lasciato in un primo tempo la questione indecisa¹¹⁰⁵. In una successiva decisione, seppur non chiamata ad esprimersi espressamente sul tema, l'Alta Corte sembrava preferire una qualifica quale decisione incidentale ex art. 237 cpv. 1 CPC¹¹⁰⁶. In una sentenza del giugno

¹⁰⁹⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1099.

¹⁰⁹⁹ OGer ZH, LF110134, del 11 aprile 2012, consid. II.2.1 - II.2.3; II CCA TI, 12.2012.41, del 16 maggio 2012, consid. 2; CJCI GE, C/15103/2012, del 23 febbraio 2013, consid. 1.1; OGer BE, ZK14182, del 10 giugno 2014, consid. I.9.

¹¹⁰⁰ CACI VD, del 13 ottobre 2011/301; CACI VD, del 26 settembre 2011/271.

¹¹⁰¹ KGer JU, CC 105-106/2013, del 5 dicembre 2013, in RJJ 2013, pag. 138; KGer BL, 400 2013 285, del 24 febbraio 2014, consid. 2, in BJM 2014, pag. 331; III CCA TI, 13.2012.50, del 20 agosto 2012, in: RtiD I-2013, pag. 811, consid. 2; III CCA TI, 13.2012.53, del 20 agosto 2012, consid. 2.

¹¹⁰² TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21.

¹¹⁰³ OGer ZG, Z2 2012 27, del 24 ottobre 2012, in GVP/ZG 2012, pag. 192 e in CAN 2013, n. 79, consid. 2.3.

¹¹⁰⁴ OGer ZG, Z2 2012 27, del 24 ottobre 2012, in GVP/ZG 2012, pag. 192 e in CAN 2013, n. 79, consid. 2.2.

¹¹⁰⁵ DTF 138 III 46.

¹¹⁰⁶ DTF 140 III 30, consid. 3.4.1.

2014¹¹⁰⁷, il Tribunale federale ha invece indicato che una decisione che nega l'assunzione di una seconda perizia nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare è una semplice disposizione ordinatoria processuale, rilevando come in un tale processo, contrariamente alle decisioni di rifiuto della domanda, tutte le decisioni rese in corso di procedura debbano essere così qualificate. L'Alta Corte, nella sua motivazione, ha fatto tuttavia riferimento a passaggi dottrinali che negano la qualifica quale decisione incidentale di un pronunciato che ammette una domanda ex art. 158 CPC¹¹⁰⁸. Se da tale citazione se ne debba dedurre una condivisione dell'opinione della corrente dottrinale citata o se il Tribunale federale intendesse riferirsi alle sole decisioni emanate dal giudice in corso di procedura, ad esclusione dunque della decisione iniziale che ammette la domanda, non è tuttavia chiaro¹¹⁰⁹.

B) Analisi critica

Dal mio punto di vista, la soluzione proposta dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza con riferimento ad una decisione che respinge una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare è ampiamente condivisibile. Per le stesse ragioni che meglio si diranno qui di seguito, una qualifica quale disposizione ordinatoria processuale di una tale pronuncia non mi sembra infatti in alcun modo adeguata e nulla osta a ritenere la stessa una vera e propria decisione finale. 666

Per quanto attiene invece ad una decisione di accoglimento di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare, ritengo che la soluzione secondo cui questa debba essere qualificata quale decisione incidentale ai sensi dell'art. 237 cpv. 1 CPC sia largamente da preferire. 667

Come rettamente rilevato da TREZZINI¹¹¹⁰ una tale decisione adempie, infatti, 668 perfettamente ai criteri posti dal CPC in materia di decisioni incidentali. Una decisione che ammette l'assunzione anticipata di un mezzo di prova non pone chiaramente fine alla procedura, la stessa continuando con l'amministrazione della prova stessa. Ove la prova richiesta sia una perizia, il giudice dovrà per esempio decidere su eventuali domande completive delle parti, su un'eventuale rinuncia o ricusa dell'esperto incaricato o sulla nomina di un altro perito¹¹¹¹. Una decisione diversa dell'autorità superiore, che nega l'assunzione del mezzo

¹¹⁰⁷ TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.3.

¹¹⁰⁸ In particolare: FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44a ad art. 158 CPC e BRÖNNIMANN, *Vorsorgliche Beweisführung*, pag. 8, il quale invero lascia tuttavia la questione indecisa.

¹¹⁰⁹ TREZZINI ritiene che il Tribunale federale abbia inteso allinearsi alla visione degli autori citati: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1098.

¹¹¹⁰ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1099.

¹¹¹¹ DTF 138 III 46, consid. 1.1; TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.2.3.

di prova richiesto, è certamente suscettibile di terminare la procedura permettendo oltretutto un notevole risparmio di tempo e spese. L'assunzione di un mezzo di prova comporta, infatti, in ogni caso il dispendio di un certo tempo, sia questo quello per l'audizione di un teste, per la tenuta di un'ispezione oculare, per l'evasione di eventuali opposizioni a delle domande di edizione di documenti o per la redazione del referto peritale e di un suo potenziale complemento. Quanto ai costi è indubbio che l'amministrazione di una prova ne ingenera inevitabilmente e che questi possano in certi casi (si pensi alla prova peritale) essere anche ingenti¹¹¹².

- 669 Di contro, una qualifica quale disposizione ordinatoria processuale non mi sembra per nulla adeguata. Tale tipologia di decisioni è, infatti, volta a regolare l'organizzazione e lo svolgimento della procedura¹¹¹³ e non mi sembra indicata per decidere la componente stessa della domanda. Per tacere poi che la dicotomia che si verrebbe a creare tra la decisione che respinge la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare, qualificata quale decisione vera e propria, e quella che la ammette, ridotta a mera disposizione ordinatoria processuale, non mi sembra in alcun modo giustificabile, considerato come in entrambe le decisioni, indipendentemente dall'esito, il giudice procede ad un'analisi del ben fondato della richiesta di tutela giurisdizionale e non invece alla semplice regolamentazione dello svolgimento del processo.
- 670 Nemmeno mi pare condivisibile il ragionamento di alcuni autori¹¹¹⁴, poi sposato dalla prassi vodese citata¹¹¹⁵, per cui un trattamento diverso della decisione in materia di assunzione di prove a titolo cautelare dalle altre decisioni in materia di prove non sarebbe giustificato. A parte il fatto che tali autori sembrano ritenere - in modo più coerente rispetto alla dicotomia invece proposta dalla giurisprudenza¹¹¹⁶ - che anche una decisione negativa andrebbe trattata alla

¹¹¹² OGer ZG, Z2 2012 27, del 24 ottobre 2012, in GVP/ZG 2012, pag. 192 e in CAN 2013, n. 79, consid. 2.2; in tal senso anche: ABBET, *Décisions*, pag. 386; mentre la conclusione diversa di SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2, secondo cui l'assunzione di un mezzo di prova non comporta in genere costi e dispendio di tempo di particolare importanza, non mi sembra comprensibile, se solo appunto si pensa ai costi che possono raggiungere alcuni referti peritali, rispettivamente del tempo che un tribunale deve mettere in conto per procedere ad un'ispezione oculare.

¹¹¹³ DOLGE, *Anfechtbarkeit*, pag. 46; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1099; MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 470; ABBET, *Décisions*, pag. 398; Messaggio del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero (FF 2006, pagg. 6593 segg.), pag. 6748.

¹¹¹⁴ In particolare: TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21.

¹¹¹⁵ CACI VD, del 13 ottobre 2011/301; CACI VD, del 26 settembre 2011/271.

¹¹¹⁶ La giurisprudenza vodese non chiarisce, infatti, per quale ragione il trattamento diverso di una decisione che respinge una domanda di assunzione anticipata di prove presentata prima della pendenza della causa di merito sarebbe invece giustificato.

stregua delle altre decisioni sulle prove, dal mio punto di vista tale tesi non tiene conto della specificità di una decisione di assunzione di prove a titolo la cautelare, nella quale, a differenza di una mera ordinanza sulle prove¹¹¹⁷ o una decisione di amministrare delle prove in sede di udienza istruttoria¹¹¹⁸, il giudice deve valutare, oltre all'ammissibilità della prova in quanto tale, se le condizioni poste dall'art. 158 CPC siano riunite o meno e dunque giudicare sulla domanda stessa dell'istante oggetto della procedura in discussione.

Riassumendo quanto esposto non ritengo, in fin dei conti, che sussista alcun 671
valido motivo per qualificare una decisione positiva in materia di assunzione di
prove a titolo cautelare quale disposizione ordinatoria processuale, creando così
peraltro un'importante dicotomia per rapporto ad una decisione negativa nella
stessa procedura. La stessa, dal mio punto di vista, va invece qualificata quale
decisione incidentale, i presupposti posti dall'art. 237 cpv. 1 CPC essendo a ben
vedere riuniti.

3. Procedura contestuale alla causa di merito

A) Soluzioni proposte

Nel caso in cui la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare s'inserisca 672
in un processo di merito già pendente, la dottrina maggioritaria ritiene che la
decisione emanata dal giudice, sia essa di accoglimento o di reiezione della
domanda, debba essere qualificata quale semplice disposizione ordinatoria
processuale¹¹¹⁹. A mente di tali autori, in sostanza, né una decisione positiva né
una negativa condurrebbero alla fine del procedimento¹¹²⁰. Inoltre nulla
giustificherebbe in una tale costellazione un trattamento diverso da quello
riservato alle altre decisioni in materia di prove¹¹²¹.

Dal canto suo TREZZINI¹¹²² ritiene che anche in questo caso le decisioni in 673
materia di assunzioni di prove a titolo cautelare meritino una qualifica aderente a
quella proposta per quelle emanate prima della pendenza della causa di merito.

¹¹¹⁷ Art. 154 CPC.

¹¹¹⁸ Art. 226 cpv. 3 CPC.

¹¹¹⁹ SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 91; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21; CHERPILLOD, *Procéder*, pag. 167; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44f ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.2; COLOMBINI, *CACI 19 mars 2014/140*, pag. 87.

¹¹²⁰ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44f ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.2.

¹¹²¹ GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 90 e 91; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; COLOMBINI, *CACI 19 mars 2014/140*, pag. 87; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21; CHERPILLOD, *Procéder*, pag. 167.

¹¹²² TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1101.

Tale autore mette l'accento sull'indipendenza della procedura in questione, seppur promossa parallelamente ad una causa principale.

- 674 Se il Tribunale federale non ha ancora avuto modo di esprimersi in modo esplicito su tale problematica, la giurisprudenza cantonale si è allineata alla soluzione prospettata dalla dottrina maggioritaria, ritenendo dunque che, ove la causa di merito sia pendente, una decisione in materia di assunzione anticipata di prove vada sempre, sia la domanda accolta o meno, qualificata quale disposizione ordinatoria processuale¹¹²³.

B) Analisi critica

- 675 Secondo la mia opinione, quanto rilevato da TREZZINI¹¹²⁴ in merito all'autonomia processuale del procedimento cautelare di assunzione di prove rispetto alla procedura di merito, appare particolarmente pertinente.
- 676 Seppur inserito nel titolo decimo relativo alla prova, allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare tornano applicabili le norme in materia di provvedimenti cautelari, come il legislatore ha indicato in modo esplicito e senza condizionare un tale rinvio alla pendenza o meno di una causa di merito¹¹²⁵. È dunque a ragione che il citato autore rileva come la procedura susseguente ad una domanda fondata sull'art. 158 CPC goda di una sua indipendenza¹¹²⁶ per rapporto alla procedura di merito nella quale eventualmente si inserisce¹¹²⁷. Da tale autonomia e dall'applicazione delle norme in materia di provvedimenti cautelari ritengo ne debba pure derivare un trattamento diverso, quanto alla tipologia di decisione da emanare, dalle semplici decisioni sulle prove emanate dal giudice nell'ambito della procedura di merito¹¹²⁸. Mi sembra, infatti, nuovamente opportuno ricordare come in una tale procedura debba essere valutato, oltre all'ammissibilità della prova in quanto tale, se le condizioni poste dall'art. 158 CPC siano riunite o meno e dunque giudicare sulla domanda stessa dell'istante oggetto della procedura in discussione.
- 677 Riconoscendo ad una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare pendente una causa di merito l'indipendenza che il legislatore ha voluto conferirgli, ben si comprende come una decisione che respinge, eventualmente in parte, una domanda ex art. 158 CPC ponga fine a quella procedura cautelare sovrapposta al processo principale e debba dunque essere qualificata come finale.

¹¹²³ III CCA TI, 13.2014.76, del 24 aprile 2015, consid. 3; CACI VD, del 19 marzo 2014/140.

¹¹²⁴ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1101.

¹¹²⁵ Art. 158 cpv. 2 CPC.

¹¹²⁶ Cfr. n. 17.

¹¹²⁷ In tal senso anche: BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 3 ad art. 158 CPC.

¹¹²⁸ In particolare artt. 154 e 226 cpv. 3 CPC.

Quanto ad una decisione che ammette una domanda ex art. 158 CPC, la stessa, non ponendo fine alla procedura cautelare, che prosegue con l'amministrazione del mezzo di prova, va qualificata quale decisione incidentale ai sensi dell'art. 237 cpv. 1 CPC. Sulla ragione di una tale qualifica deve per il reso valere quanto già dianzi esposto con riferimento ad una decisione analoga emanata prima della pendenza del processo di merito¹¹²⁹.

678

II. Impugnazione in seconda istanza di una decisione di assunzione di prove a titolo cautelare

Chiarita la questione relativa alla qualifica giuridica delle varie decisioni di primo grado in materia di assunzione di prove a titolo cautelare, occorre ora determinare con quale mezzo d'impugnazione le stesse possano essere rimesse in discussione. Anche in questo caso appare opportuno distinguere il caso in cui la procedura in parola preceda o meno la pendenza della causa di merito. Breve spazio verrà infine dedicato alla latitudine d'intervento cautelare del giudice di secondo grado.

679

1. Procedura indipendente precedente la causa di merito

A) Soluzioni proposte

Secondo una parte della dottrina¹¹³⁰ e della giurisprudenza¹¹³¹, dipendendo la scelta del rimedio giuridico pertinente pure dalla qualifica giuridica della decisione soggetta ad impugnativa, occorre anche in questo caso distinguere il caso di reiezione, eventualmente parziale, della domanda da quello di accoglimento della medesima.

680

a) *In caso di reiezione della domanda*

Nel caso in cui la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare sia respinta (parzialmente o integralmente), come si è visto¹¹³², la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza qualificano la relativa decisione quale decisione finale. Ne viene che una tale decisione è di conseguenza impugnabile mediante appello, ove il

681

¹¹²⁹ Cfr. infra n. 667 - 671.

¹¹³⁰ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44a ad art. 158 CPC; ABBET, *Décisions*, pag. 386.

¹¹³¹ KGer JU, CC37/2015, del 4 settembre 2015; KGer JU, CC 105-106/2013, del 5 dicembre 2013, in RJJ 2013, pag. 138; KGer BL, 400 2013 285, del 24 febbraio 2014, consid. 2, in BJM 2014, pag. 331; III CCA TI, 13.2012.50, del 20 agosto 2012, in: RtiD I-2013, pag. 811, consid. 2; III CCA TI, 13.2012.53, del 20 agosto 2012, consid. 2.

¹¹³² Cfr. infra n. 657 - 659.

valore litigioso raggiunga i fr. 10'000.-¹¹³³, rispettivamente mediante reclamo, ove tale valore non sia raggiunto¹¹³⁴.

- 682 Una corrente dottrinale minoritaria ritiene, invece, che solo la via del reclamo debba essere aperta, a condizione che l'interessato dimostri di patirne un pregiudizio difficilmente riparabile¹¹³⁵. Questo poiché, come dianzi indicato¹¹³⁶, anche una decisione negativa andrebbe qualificata quale disposizione ordinatoria processuale.
- 683 Il termine d'impugnazione, essendo la domanda trattata in procedura sommaria, è in ogni caso sempre di 10 giorni¹¹³⁷. Né l'appello, né il reclamo hanno effetto sospensivo, nel primo caso trattandosi comunque di una decisione in materia di provvedimenti cautelari, mentre nel secondo lo stesso essendo escluso per legge¹¹³⁸.

b) In caso di accoglimento della domanda

- 684 Come in materia di qualifica giuridica della relativa decisione - i due aspetti essendo legati a doppio filo - in relazione all'impugnazione di una decisione positiva di assunzione di prove a titolo cautelare si assiste ad una divergenza dottrinale e giurisprudenziale in merito al rimedio giuridico applicabile.
- 685 La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono, infatti, che una tale decisione vada qualificata quale disposizione ordinatoria processuale¹¹³⁹ e sia dunque impugnabile unicamente mediante reclamo, ove l'interessato dimostri di

¹¹³³ Art. 308 cpv. 2 CPC.

¹¹³⁴ III CCA TI, 13.2012.50, del 20 agosto 2012, in: RtiD I-2013, pag. 811, consid. 2; III CCA TI, 13.2012.53, del 20 agosto 2012, consid. 2; CACI VD, del 1 ottobre 2012/452; CACI VD, del 23 gennaio 2012/46; CREC VD, del 12 maggio 2011/58; OGer ZH, LF110134, del 11 aprile 2012, consid. II.2.1 - II.2.3; KGer GR, ZK21210, del 3 maggio 2012, consid. 2b; C/15103/2012, del 22 febbraio 2013, consid. 1.1; KGer SG, BS.2012.5, del 5 aprile 2012, consid. II.1a; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 32 ad art. 158 CPC; DOLGE, *Anfechtbarkeit*, pag. 60; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1098; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 43 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.1; COLOMBINI, *CACI 19 mars 2014/140*, pag. 85; SEILER, *Berufung*, pagg. 154 - 155.

¹¹³⁵ Art. 319 lett. b cifra 2 CPC; GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 90 e 91; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21; CHERPILLOD, *Procéder*, pag. 167.

¹¹³⁶ Cfr. n. 658.

¹¹³⁷ Art. 314 cpv. 1 e 321 cpv. 2 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44 ad art. 158 CPC.

¹¹³⁸ Artt. 315 cpv. 4 lett. b e 325 cpv. 1 CPC; BRUNNER, *Beschwerde*, pag. 54; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pagg. 343 e 354; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 26, n. 17 e 43.

¹¹³⁹ Cfr. n. 661.

patire un pregiudizio difficilmente riparabile a dipendenza della stessa¹¹⁴⁰. Un tale pregiudizio entra per esempio in linea di conto ove il convenuto dimostri il rischio di violazione di suoi legittimi interessi a seguito dell'assunzione del mezzo di prova¹¹⁴¹.

Una corrente dottrinale e giurisprudenziale minoritaria ritiene invece che anche in tal caso la via dell'appello, ove il valore litigioso sia dato, rispettivamente del reclamo, senza tuttavia la necessità di comprovare il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile, debba essere aperta¹¹⁴². 686

Anche in tal caso, il termine d'impugnazione, essendo la domanda trattata in procedura sommaria, è in ogni caso sempre di 10 giorni¹¹⁴³. Né l'appello, né il reclamo hanno effetto sospensivo, nel primo caso trattandosi comunque di una decisione in materia di provvedimenti cautelari, mentre nel secondo lo stesso essendo escluso per legge¹¹⁴⁴. 687

B) Analisi critica

Richiamate le motivazioni già esposte in relazione alla qualifica di una decisione di assunzione di prove a titolo cautelare emanata prima della pendenza della procedura di merito¹¹⁴⁵, ritengo che la soluzione per cui una simile decisione possa essere impugnata mediante appello, rispettivamente reclamo, in caso di 688

¹¹⁴⁰ CACI VD, del 13 ottobre 2011/301; CACI VD, del 26 settembre 2011/271; KGer JU, CC37/2015, del 4 settembre 2015; KGer JU, CC 105-106/2013, del 5 dicembre 2013, in RJJ 2013, pag. 138; KGer BL, 400 2013 285, del 24 febbraio 2014, consid. 2, in BJM 2014, pag. 331; III CCA TI, 13.2012.50, del 20 agosto 2012, in: RtiD I-2013, pag. 811, consid. 2; III CCA TI, 13.2012.53, del 20 agosto 2012, consid. 2; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44a ad art. 158 CPC; HEINZMANN/COPT, *Expertise hors procès*, pag. 201; ABBET, *Décisions*, pag. 386; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21; CHERPILLOD, *Procéder*, pag. 167; GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 90; *lasciato indeciso da*: BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 32 ad art. 158 CPC.

¹¹⁴¹ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44a ad art. 158 CPC.

¹¹⁴² OGer ZH, LF150020, del 4 dicembre 2015, consid. 2.1; OGer BE, ZK14182, del 10 giugno 2014, consid. I.9; OGer ZG, Z2 2012 27, del 24 ottobre 2012, in GVP/ZG 2012, pag. 192 e in CAN 2013, n. 79, consid. 2.3; CJCI GE, C/15103/2012, del 23 febbraio 2013, consid. 1.1; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1099; DOLGE, *Anfechtbarkeit*, pag. 60; SEILER, *Berufung*, pagg. 154 - 155; HOFFMANN-NOWOTNY, *ZPO-Rechtsmittel*, n. 29 ad art. 308 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC.

¹¹⁴³ Art. 314 cpv. 1 e 321 cpv. 2 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44 ad art. 158 CPC.

¹¹⁴⁴ Artt. 315 cpv. 4 lett. b e 325 cpv. 1 CPC; BRUNNER, *Beschwerde*, pag. 54; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pagg. 343 e 354; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 26, n. 17 e 43.

¹¹⁴⁵ Cfr. infra n. 667 - 671.

valore litigioso inferiore a fr. 10'000.-, senza in ogni caso la necessità di provare il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile, sia ampiamente preferibile.

- 689 In particolare non mi sembra giustificata né comprensibile la dicotomia proposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria tra il caso in cui la domanda venga respinta da quello in cui la stessa venga accolta. Nemmeno un trattamento uguale a quello riservato alle altre decisioni probatorie mi sembra auspicabile, poiché, a differenza di tali decisioni, il tal caso il giudice è tenuto ad esprimersi sull'oggetto stesso della procedura, ovvero sul punto a sapere se la domanda di tutela giurisdizionale dell'istante meriti di essere accolta o meno. Il reclamo aperto contro le disposizioni ordinatorie processuali in caso di rischio di pregiudizio difficilmente riparabile è, infatti, un rimedio giuridico eccezionale¹¹⁴⁶ che il legislatore ha previsto per quelle disposizioni che si limitano a regolare lo svolgimento e l'organizzazione del processo.
- 690 A ciò mi sembra inoltre importante aggiungere il fatto che il legislatore ha previsto in modo chiaro che la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare deve essere parificata ad una procedura cautelare¹¹⁴⁷. Non è dunque dato a sapere, né la dottrina maggioritaria si confronta compiutamente con tale aspetto, per quale ragione una decisione cautelare di assunzione anticipata di prove non dovrebbe beneficiare del medesimo meccanismo di impugnativa.

2. Procedura contestuale alla causa di merito

A) Soluzioni proposte

- 691 Concordemente con la qualifica di disposizione ordinatoria processuale di una decisione emanata pendente la causa di merito, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza indicano che la stessa è impugnabile mediante reclamo a condizione che il reclamante compri il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile, e questo sia in caso di decisione positiva che negativa¹¹⁴⁸.
- 692 Dal canto suo TREZZINI - per le stesse ragioni che giustificano a mente sua una qualifica di una pronuncia in una tale procedura quale decisione finale, in caso di reiezione (parziale) della domanda, rispettivamente decisione incidentale, in

¹¹⁴⁶ SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 354; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 26, n. 29; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 385.

¹¹⁴⁷ Art. 158 cpv. 2 CPC.

¹¹⁴⁸ CACI VD, del 19 marzo 2014/140; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 10 ad art. 158 CPC; GÄUMANN/MARGHITOLA, *Editionspflichten*, n. 90; TAPPY, *Voies de droit*, pag. 122, nota 21; CHERPILLOD, *Procéder*, pag. 167; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44f ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.2; COLOMBINI, *CACI 19 mars 2014/140*, pag. 87.

caso di accoglimento della stessa¹¹⁴⁹ - ritiene che anche in questo caso la via dell'appello, rispettivamente del reclamo ove il valore litigioso di fr. 10'000.- non sia raggiunto, sia aperta.

Anche in questo caso, il termine d'impugnazione, essendo la domanda trattata in procedura sommaria, è in ogni caso sempre di 10 giorni¹¹⁵⁰. Né l'appello, né il reclamo hanno effetto sospensivo, nel primo caso trattandosi comunque di una decisione in materia di provvedimenti cautelari mentre nel secondo lo stesso essendo escluso per legge¹¹⁵¹.

B) Analisi critica

Come già detto sopra¹¹⁵², secondo l'opinione qui sostenuta, il fatto che una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare risulti contestuale alla causa di merito e dunque non la preceda, non è circostanza che può giustificare una diversa qualifica giuridica della relativa decisione emanata dal giudice, sia essa positiva o negativa.

Di conseguenza e per le medesime ragioni, una tale decisione deve pure essere impugnabile mediante appello, rispettivamente reclamo nel caso in cui il valore litigioso non raggiunga i fr. 10'000.-.

In particolare, giova ribadire come il legislatore abbia voluto, anche in questo caso - e dalla legge non è possibile desumere il contrario - conferire alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare una sua specifica autonomia processuale, indicando come la stessa debba essere trattata alla stregua di un procedimento cautelare. Il fatto che tale procedura cautelare debba essere considerata processualmente indipendente dal merito giustifica, dal mio punto di vista, pure un regime d'impugnazione adeguato ed equivalente a quello valevole per le altre misure cautelari.

Come si è già detto, il reclamo eccezionale in caso di rischio di pregiudizio difficilmente riparabile non mi sembra uno strumento adeguato per il controllo di una corretta applicazione dell'art. 158 CPC, lo stesso essendo pensato per quelle misure che si limitano a regolare ed organizzare un processo, senza giudicare sull'oggetto stesso della domanda di giudizio del precedente.

¹¹⁴⁹ Cfr. n. 673.

¹¹⁵⁰ Art. 314 cpv. 1 e 321 cpv. 2 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44 ad art. 158 CPC.

¹¹⁵¹ Artt. 315 cpv. 4 lett. b e 325 cpv. 1 CPC; BRUNNER, *Beschwerde*, pag. 54; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pagg. 343 e 354; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 26, n. 17 e 43.

¹¹⁵² Cfr. infra n. 675 - 678.

3. Latitudine d'intervento cautelare del giudice di secondo grado

- 698 Già si è detto¹¹⁵³, che l'impugnazione di una decisione in materia di assunzione di prove a titolo cautelare non produce effetto sospensivo, fatta salva una diversa decisione del giudice di secondo grado, laddove la parte interessata rischi di subire un pregiudizio difficilmente riparabile¹¹⁵⁴. Il tema dell'effetto sospensivo si riferisce tuttavia, di principio, soltanto al provvedimento cautelare positivo¹¹⁵⁵, ossia, nel contesto dell'art. 158 CPC, alla decisione che ammette l'assunzione di una prova a titolo cautelare. Laddove di contro la decisione impugnata sia negativa, nel senso che l'assunzione anticipata della prova richiesta dall'istante è respinta, del tutto o in parte, si pone la questione a sapere se il giudice di secondo grado abbia una propria latitudine d'intervento cautelare.
- 699 La risposta penso debba essere positiva, seppur il CPC non lo preveda espressamente¹¹⁵⁶, considerato che appello e reclamo sono rimedi giuridici con pieno effetto devolutivo¹¹⁵⁷, ragione per cui la competenza per decidere sul procedimento è appunto devoluta all'autorità superiore¹¹⁵⁸. Così, in materia di assunzione di prove a titolo cautelare, il ricorrente contro una decisione negativa potrà sollecitare l'adozione da parte del giudice di secondo grado di misure (super)cautelari idonee a non pregiudicare la possibilità, in caso di accoglimento del gravame, di amministrare il mezzo di prova richiesto.
- 700 A titolo di esempio si pensi al caso già evocato di una perizia chiesta in via cautelare e portante su di un immobile, le cui facciate esterne sono rivestite con delle grosse lastre in marmo, le quali cominciano a staccarsi e costituiscono un serio pericolo per il pubblico che transita ai piedi della costruzione, tanto che il loro mantenimento in loco non è più oggettivamente tollerabile. Nel caso in cui la domanda di assunzione di una perizia in via cautelare dell'istante dovesse essere respinta in primo grado, mi sembra perfettamente immaginabile che lo

¹¹⁵³ Cfr. n. 687 e 693.

¹¹⁵⁴ Artt. 315 cpv. 5 e 325 cpv. 2 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1658.

¹¹⁵⁵ TF 4A_471/2012, decisione del 4 marzo 2013, consid. 2.1; BERTI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 237; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1601; STUCKI/PAHUD, *Régime*, pag. 29.

¹¹⁵⁶ A differenza della LTF, che codifica l'intervento cautelare del giudice federale all'art. 104.

¹¹⁵⁷ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Zivilprozessrecht*, pag. 383; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 328; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 26, n. 17 e 29.

¹¹⁵⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1574; REETZ/HILBER, *Kommentar ZPO*, n. 7 ad art. 315 CPC; STUCKI/PAHUD, *Régime*, pag. 29; STERCHI, *BK ZPO*, n. 15 ad art. 315 CPC.

stesso istante, il quale ricorre contro la decisione negativa di prima istanza, possa sollecitare davanti all'autorità superiore l'adozione in via supercautelare di un provvedimento volto ad un preliminare intervento di un perito, agente quale ausiliario tecnico del giudice¹¹⁵⁹, finalizzato allo smontaggio delle lastre pericolanti, scattando tutte le fotografie necessarie ed esperendo gli accertamenti opportuni nell'ottica dell'eventuale redazione del referto peritale. Tale intervento permetterebbe, infatti, di evitare la successiva impossibilità di determinare le problematiche di montaggio e ancoraggio delle lastre, laddove il tribunale di seconda istanza dovesse accogliere il gravame ed ammettere la domanda di allestimento di un referto peritale del richiedente. Perizia che potrà a quel punto avvenire sulla base degli accertamenti preliminari esperiti dal perito incaricato.

Al riguardo, il criterio discriminante, come per la decisione che conferisce 701
effetto sospensivo al ricorso¹¹⁶⁰, penso debba essere quello del rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile¹¹⁶¹, che in una procedura ex art. 158 CPC si manifesta appunto con il rischio che - nonostante la decisione positiva del tribunale di secondo grado - il mezzo di prova non potrà in ogni caso più essere amministrato, poiché nel frattempo è scomparso o a ragione di una modifica irreversibile dello stato di fatto oggetto di prova.

L'esempio qui sopra evocato permette di ben comprendere come la misura (super)cautelare richiesta al tribunale di seconda istanza abbia quale scopo 702
soltanto quello di mantenere intatto uno stato di fatto o di salvaguardare interessi minacciati¹¹⁶² durante la pendenza della procedura ricorsuale, senza pregiudizio per la decisione sul reclamo o sull'appello¹¹⁶³. In materia di assunzione di prove a titolo cautelare lo scopo è pertanto unicamente quello di evitare che un'eventuale decisione favorevole sull'impugnativa del ricorrente sia resa vana dal fatto che il trascorrere del tempo ha reso impossibile o impraticabile l'amministrazione della prova.

L'intervento (super)cautelare del giudice di secondo grado ha dunque un effetto 703
temporale limitato, quel pronunciato venendo poi soppiantato dalla decisione sull'appello o sul reclamo¹¹⁶⁴. Un'estensione della validità del provvedimento

¹¹⁵⁹ Cfr. n. 412.

¹¹⁶⁰ Cfr. n. 698.

¹¹⁶¹ STUCKI/PAHUD, *Régime*, pag. 31, pretendono finanche l'irreversibilità, ciò che mi sembra tuttavia eccessivo; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1611, rileva dal canto suo, a ragione, come, nel concetto di pregiudizio difficilmente riparabile, l'elemento dell'urgenza rappresenti una componente costitutiva che il ricorrente deve dimostrare, il giudice di secondo grado dovendo intervenire laddove vi è urgenza a farlo.

¹¹⁶² Così anche l'art. 104 LTF.

¹¹⁶³ STUCKI/PAHUD, *Régime*, pag. 32; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1578.

¹¹⁶⁴ MERKLI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 422.

(super)cautelare del giudice di secondo grado oltre il lasso temporale della procedura di appello o reclamo è dunque esclusa, dopo la decisione sull'impugnativa entrando semmai in linea di conto un intervento del giudice di terzo grado in applicazione dell'art. 104 LTF.

- 704 Più problematico è di contro il caso in cui una pronuncia (super)cautelare in secondo grado svuoterebbe di oggetto il reclamo o l'appello. L'esempio è quello dell'audizione testimoniale di una persona morente, negata dal giudice di primo grado e richiesta in via (super)cautelare al giudice di seconda istanza. In questo caso, infatti, l'amministrazione del mezzo di prova esaurirebbe, di fatto, l'oggetto dell'impugnativa. La dottrina sembra non ammettere una tale possibilità¹¹⁶⁵, così come non la ammette il Tribunale federale in applicazione dell'art. 104 LTF¹¹⁶⁶. La soluzione mi sembra condivisibile, poiché la latitudine d'intervento cautelare del giudice di secondo grado è limitata alla conservazione di uno stato di fatto o alla tutela d'interessi minacciati nel lasso di tempo che precede l'emanazione della decisione sul ricorso. Non entra invece in linea di conto la pronuncia della misura negata dal giudice di primo grado, considerato che la relativa decisione è assortita di forza di cosa giudicata provvisoria, che conserva sino all'emanazione della decisione sull'appello o sul reclamo¹¹⁶⁷.
- 705 In materia di assunzione di prove a titolo cautelare, credo sia dunque da escludere una pronuncia (super)cautelare, da parte del giudice di secondo grado, che ordina l'amministrazione del mezzo di prova negata dal primo giudice. Entrano di contro in discussione misure (super)cautelari volte a mantenere intatta la possibilità di amministrare il mezzo di prova in caso di esito positivo del ricorso. Chiaramente simili misure non saranno in tutti i casi immaginabili, come il sopraccitato esempio del teste morente permette di ben comprendere. Difatti, in un simile caso, solo l'amministrazione del mezzo di prova permetterebbe di evitare un potenziale pregiudizio al richiedente. Amministrazione che, come detto, se negata in prima istanza, può tuttavia essere ordinata solo a seguito dell'accoglimento del gravame dell'interessato e non già quale misura cautelare pendente la procedura ricorsuale. Mi sembra pertanto d'importanza fondamentale che, in questi casi dove un provvedimento (super)cautelare nella procedura di secondo grado non entra in linea di conto, il giudice del ricorso acceleri l'emanazione della sua decisione sull'impugnativa, onde evitare l'inutilità di un eventuale accoglimento del gravame.
- 706 Infine, è opportuno ricordare che l'ampiezza dell'intervento cautelare del giudice di secondo grado è vincolata ai dispositivi impugnati e all'oggetto litigioso portato davanti all'autorità superiore, non potendo eccedere lo scopo

¹¹⁶⁵ STUCKI/PAHUD, *Régime*, pagg. 31 e 32.

¹¹⁶⁶ DTF 119 V 503, consid. 3.

¹¹⁶⁷ STUCKI/PAHUD, *Régime*, pagg. 31 e 32; analogamente a quanto previsto all'art. 268 cpv. 2 CPC.

dell'impugnativa nel cui ambito s'inserisce¹¹⁶⁸. Per il resto, anche in seconda istanza, si applicano i principi validi dinanzi al giudice di primo grado, in particolare la logica dello scopo protettivo ricercato dall'istante¹¹⁶⁹, indipendentemente dall'esatta formulazione delle sue domande¹¹⁷⁰. Da ciò ne deriva che, confrontato con una domanda di effetto sospensivo per una decisione negativa, laddove invece entra piuttosto in linea di conto un provvedimento cautelare positivo, il giudice di secondo grado, se dati i presupposti, dovrà adottare il secondo¹¹⁷¹. Da ultimo, va rilevato come il giudice di secondo grado - analogamente a quanto avviene nella valutazione dell'opportunità di concedere l'effetto sospensivo - debba pure tenere conto del presumibile esito dell'impugnativa, laddove questo sia già determinabile sin dall'inizio¹¹⁷².

III. Impugnazione davanti al Tribunale federale di una decisione di assunzione di prove a titolo cautelare

Per quanto attiene alle impugnative dinanzi al Tribunale federale, la questione 707 va analizzata in applicazione della relativa LTF. Pure in questo caso, per una migliore comprensione della problematica, appare necessario distinguere il caso in cui la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare preceda il merito da quello in cui le due procedure si sovrappongano. Va infine pure menzionato il caso particolare delle decisioni emesse da un'istanza cantonale unica o dal Tribunale federale dei brevetti.

1. Procedura indipendente precedente la causa di merito

Ove una domanda di assunzione anticipata di prove sia presentata prima della 708 causa di merito, l'Alta Corte ritiene necessaria una distinzione tra la decisione positiva che accoglie una tale domanda da una decisione negativa che la respinge.

¹¹⁶⁸ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1574; MERKLI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 418.

¹¹⁶⁹ *Rechtsschutzziel*.

¹¹⁷⁰ Cfr. n. 409 - 412.

¹¹⁷¹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1602; STUCKI/PAHUD, *Régime*, pagg. 30 e 33, con riferimento anche alla prassi adottata dal Tribunale federale.

¹¹⁷² TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1614; MERKLI, *Vorsorgliche Massnahmen*, pag. 423.

A) Soluzioni proposte

a) In caso di reiezione della domanda

- 709 Secondo i giudici federali¹¹⁷³ ed unanime dottrina¹¹⁷⁴, una decisione resa in una procedura che precede una causa di merito e ne è dunque totalmente indipendente, ove questa respinga la domanda dell'istante di assunzione cautelare di un mezzo di prova, deve essere qualificata quale decisione finale ai sensi dell'art. 90 LTF. Una tale decisione, emanata indipendentemente da una procedura di merito, adempie, infatti, il requisito di porre fine alla procedura cautelare di assunzione di prove¹¹⁷⁵.
- 710 Contro una tale decisione è dunque data facoltà di ricorso al Tribunale federale, ritenuto che, ove il valore litigioso di fr. 30'000.-¹¹⁷⁶, rispettivamente 15'000.-¹¹⁷⁷, sia raggiunto¹¹⁷⁸, la stessa sarà impugnabile mediante ricorso in materia civile¹¹⁷⁹; in caso contrario sarà aperta la via del ricorso sussidiario in materia costituzionale¹¹⁸⁰.
- 711 Trattandosi di un ricorso contro una decisione in materia di misure cautelari, il ricorrente che inoltra un ricorso in materia civile potrà, a mente dei giudici federali¹¹⁸¹, fare valere quali motivi di ricorso la sola violazione dei diritti costituzionali¹¹⁸², la quale dovrà essere sollevata e motivata debitamente dal

¹¹⁷³ DTF 138 III 76, consid. 1.2; DTF 138 III 46, consid. 1.1; TF 4A_342/2014, decisione del 17 ottobre 2014, consid. 1; TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.2.2; TF 4A_225/2013, decisione del 14 novembre 2013, consid. 1.1, non pubblicato in DTF 140 III 16; TF 4A_712/2011, decisione del 13 febbraio 2012, consid. 2.1.

¹¹⁷⁴ CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 12 ad art. 90 LTF; ABBET, *Décisions*, pag. 369; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 33 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.1; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 11 ad art. 158 CPC.

¹¹⁷⁵ SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 366; VON WERDT, *Beschwerde in Zivilsachen*, pagg. 65 e 66; CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 11 ad art. 90 LTF; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 27, n. 12; VON WERDT, *Bundesgerichtsgesetz*, n. 4 - 6 ad art. 90 LTF.

¹¹⁷⁶ Art. 74 cpv. 1 lett. b LTF.

¹¹⁷⁷ In caso di controversie in materia di diritto del lavoro e di locazione: art. 74 cpv. 1 lett. a LTF.

¹¹⁷⁸ O, eccezionalmente, nel caso in cui si ponga una questione di diritto d'importanza fondamentale: art. 74 cpv. 2 lett. a LTF.

¹¹⁷⁹ Art. 72 cpv. 1 LTF.

¹¹⁸⁰ Art. 113 LTF.

¹¹⁸¹ DTF 138 III 76, consid. 1.4; TF 4A_352/2015, decisione del 4 gennaio 2016, consid. 2, non pubblicato in DTF 142 III 40; TF 4A_342/2014, decisione del 17 ottobre 2014, consid. 2; TF 4A_225/2013, decisione del 14 novembre 2013, consid. 1.2, non pubblicato in DTF 140 III 16.

¹¹⁸² Art. 98 LTF.

medesimo¹¹⁸³. In linea di conto credo entri, in sostanza, principalmente la violazione dell'art. 9 Cost., ovvero l'arbitrio nell'applicazione dei presupposti materiali dell'art. 158 CPC¹¹⁸⁴, mentre già si è detto¹¹⁸⁵ che l'invocazione del proprio diritto alla prova¹¹⁸⁶ non basta a fondare un diritto all'assunzione di prove a titolo cautelare¹¹⁸⁷. Al riguardo basta qui ricordare che, secondo l'Alta Corte, una decisione è arbitraria laddove è manifestamente insostenibile, misconosce gravemente una norma o un principio giuridico chiaro o urta in modo scioccante al sentimento di giustizia e di equità¹¹⁸⁸, mentre non basta che un'altra soluzione sia concepibile o preferibile¹¹⁸⁹. La decisione, per essere annullata, deve inoltre rivelarsi arbitraria non solo nei motivi che la sorreggono, ma pure nel suo risultato¹¹⁹⁰.

Alcuni autori criticano la limitazione dei motivi di ricorso in questione, rilevando come la stessa si giustificerebbe solo nel caso in cui una successiva valutazione con piena cognizione sia garantita, ciò che non è il caso ove la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare sia reietta, una tale decisione non venendo più rivalutata nell'ambito di un eventuale processo di merito¹¹⁹¹. 712

b) *In caso di accoglimento della domanda*

Per quanto attiene invece ad una decisione positiva in materia di assunzione di prove a titolo cautelare, i giudici federali¹¹⁹² e la dottrina¹¹⁹³ rilevano come la 713

¹¹⁸³ Art. 106 cpv. 2 LTF; TF 4A_342/2014, decisione del 17 ottobre 2014, consid. 2; TF 4A_488/2012, decisione del 5 novembre 2012, consid. 1.1; TF 4A_118/2012, decisione del 19 giugno 2012, consid. 1.2.1.

¹¹⁸⁴ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44d ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 73; motivo di ricorso ammesso dal Tribunale federale, per esempio, nelle decisioni: DTF 142 III 40, consid. 3.3.2; DTF 140 III 24, consid. 3.3.4; TF 4A_225/2013, decisione del 14 novembre 2013, consid. 3, non pubblicato in DTF 140 III 16; TF 4A_322/2012, decisione del 21 febbraio 2013, consid. 2.5; sulla primarietà di tale motivo di ricorso nell'ambito delle impugnazioni delle misure cautelari in generale, cfr. anche: SCHOTT, *BSK BGG*, n. 23 ad art 98 LTF; SEILER, *Bundesgerichtsgesetz*, n. 22 ad art. 98 LTF.

¹¹⁸⁵ Cfr. infra n. 263 segg.

¹¹⁸⁶ Art. 29 cpv. 2 Cost.

¹¹⁸⁷ TF 5A_832/2012, decisione del 25 gennaio 2013, consid. 4.2.1.

¹¹⁸⁸ DTF 132 III 209, consid. 2.1; DTF 131 I 57, consid. 2; DTF 128 I 273, consid. 2.1.

¹¹⁸⁹ DTF 132 III 209, consid. 2.1; DTF 129 I 8, consid. 2.1; DTF 126 III 438, consid. 3.

¹¹⁹⁰ DTF 136 III 353, consid. 4; DTF 132 III 209, consid. 2.1; DTF 131 I 217 consid. 2.1.

¹¹⁹¹ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.1; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44e ad art. 158 CPC.

¹¹⁹² DTF 138 III 46, consid. 1.1; TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.2.3; TF 4A_225/2014, decisione del 6 giugno 2014; TF 4A_712/2011, decisione del 13 febbraio 2012, consid. 2.1.

¹¹⁹³ CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 14 ad art. 93 LTF; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 33 ad

stessa non metta fine al procedimento, lo stesso proseguendo con l'assunzione della prova. Una tale decisione non mette dunque fine alla procedura ai sensi dell'art. 90 LTF e va qualificata quale decisione incidentale o pregiudiziale ex art. 93 LTF.

- 714 Una tale decisione positiva è dunque impugnabile in modo indipendente mediante ricorso in materia civile, rispettivamente ricorso sussidiario in materia costituzionale¹¹⁹⁴, ove il ricorrente alleggi e sostanzi¹¹⁹⁵ che le condizioni poste dall'art. 93 cpv. 1 LTF sono adempiute¹¹⁹⁶, ovvero che la stessa può causargli un pregiudizio irreparabile¹¹⁹⁷ o che l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defaticante o dispendiosa¹¹⁹⁸.
- 715 Per quanto attiene al pregiudizio irreparabile, questo deve essere di natura giuridica e non deve essere possibile porvi rimedio mediante una futura decisione finale favorevole¹¹⁹⁹. In materia di assunzione di prove un tale pregiudizio sussiste eccezionalmente nel caso in cui degli interessi legittimi di una parte o di un terzo siano messi in pericolo¹²⁰⁰. Per il resto, normalmente, la semplice decisione che ammette l'assunzione di una prova non è suscettibile di causare un simile pregiudizio, al quale si può se del caso porre rimedio con una decisione finale favorevole¹²⁰¹.

art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 11 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44a ad art. 158 CPC.

¹¹⁹⁴ Sull'ammissibilità dei due diversi rimedi giuridici cfr. n. 710.

¹¹⁹⁵ DTF 138 III 46, consid. 1.1; DTF 137 III 522, consid. 1.3; DTF 134 III 426, consid. 1.2; DTF 134 II 137, consid. 1.3.3; TF 4A_712/2011, decisione del 13 febbraio 2012, consid. 2.2.

¹¹⁹⁶ DTF 138 III 46, consid. 1.1; TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.2.3; TF 4A_225/2014, decisione del 6 giugno 2014; TF 4A_712/2011, decisione del 13 febbraio 2012, consid. 2.1; CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 14 ad art. 93 LTF; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 33 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 11 ad art. 158 CPC; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 44a ad art. 158 CPC.

¹¹⁹⁷ Art. 93 cpv. 1 lett. a LTF.

¹¹⁹⁸ Art. 93 cpv. 1 lett. b LTF.

¹¹⁹⁹ DTF 138 III 46, consid. 1.1; TF 4A_712/2011, decisione del 13 febbraio 2012, consid. 2.2; TF 4A_478/2011, decisione del 30 novembre 2011, consid. 1.1; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2.

¹²⁰⁰ TF 4A_712/2011, decisione del 13 febbraio 2012, consid. 2.2.2; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2.

¹²⁰¹ TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.2.3; TF 4A_712/2011, decisione del 13 febbraio 2012, consid. 2.2.2; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2; CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 17 ad art. 93 LTF.

Secondo SCHWEIZER, una decisione diversa dell'autorità superiore, con riferimento ad una decisione che ammette l'assunzione di una prova a titolo cautelare, è certo suscettibile di terminare il procedimento; tuttavia sarebbe dubbio che in tal modo possano essere conseguiti un importante risparmio di tempo e costi poiché l'assunzione di un singolo mezzo di prova non potrebbe essere ancora qualificata quale procedura probatoria ai sensi dell'art. 93 cpv. 1 lett. b LTF¹²⁰².

Per il resto, anche in caso di accoglimento della domanda, la limitazione dei motivi di ricorso prevista dall'art. 98 LTF, trattandosi di una decisione in materia di provvedimenti cautelari, torna pienamente applicabile¹²⁰³.

B) Analisi critica

Dal mio punto di vista, la qualificazione operata dal Tribunale federale - con riferimento alle categorie previste dalla LTF - delle decisioni di reiezione e accoglimento di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare inoltrata prima della pendenza della procedura di merito, è perfettamente condivisibile. La decisione che respinge una tale domanda pone, infatti, chiaramente fine alla procedura cautelare, adempiendo dunque i criteri dell'art. 90 LTF ed è dunque una decisione finale. Al contrario, in caso di accoglimento della domanda, la procedura cautelare segue il suo corso con l'amministrazione del mezzo di prova e eventuali ulteriori decisioni su incidenti processuali da parte del giudice, ragion per cui la relativa decisione, nella misura in cui non riguarda la competenza e la ricsuzione¹²⁰⁴, va qualificata quale decisione pregiudiziale e incidentale ai sensi dell'art. 93 LTF.

In caso di decisione positiva, che non pone dunque fine alla procedura, mi sembra corretto che il ricorrente debba dimostrare l'adempimento delle condizioni alternative di un pregiudizio irreparabile o di un importante risparmio di costi e tempo grazie alla possibilità di evitare una procedura probatoria defaticante e dispendiosa. Al riguardo di quest'ultima condizione alternativa, ritengo il giudizio di SCHWEIZER per cui l'assunzione di un solo mezzo di prova non sia assimilabile ad una procedura probatoria, troppo restrittiva. Dal mio punto di vista ogni singolo caso deve essere analizzato in modo autonomo, per rapporto alle sue peculiarità. Così anche l'assunzione di un solo referto peritale, ove questo sia particolarmente complesso, con la formulazione di molte domande al perito, necessita di un'eventuale delucidazione e ingenera costi importanti, può assurgere a procedura probatoria che, se evitata, permette un importante risparmio di tempo e costi¹²⁰⁵. In ogni caso, come detto in

¹²⁰² SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.1.2.

¹²⁰³ Cfr. n. 711.

¹²⁰⁴ Art. 92 LTF.

¹²⁰⁵ In tal senso: CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 34 ad art. 93 LTF.

precedenza, incomberà al ricorrente l'onere di spiegare in modo circostanziato per quale ragione l'assunzione del mezzo di prova richiesto in via cautelare adempia i requisiti dell'art. 93 cpv. 1 LTF e dunque anche per quale ragione, in caso di decisione diversa da parte del Tribunale federale, possa essere evitata una procedura probatoria lunga e costosa.

- 720 Quanto alla limitazione del potere cognitivo dell'Alta Corte ai sensi dell'art. 98 LTF, la soluzione proposta dai giudici federali mi sembra meritevole di condivisione nonostante le perplessità sollevate da FELLMANN e SCHWEIZER. Il fatto che, in caso di reiezione della domanda di assunzione di prove a titolo cautelare non vi sia una rivalutazione nella causa di merito della questione a sapere se una tale reiezione fosse giustificata o meno, non mi sembra, infatti, prerogativa limitata a tale specifico procedimento, bensì caratteristica classica delle decisioni negative in materia di provvedimenti cautelari, ritenuto che nella causa di merito l'autorità valuterà certo il ben fondato della pretesa di merito, ma non si chinerà invece nuovamente sulla questione a sapere se le condizioni per ottenere una tutela giurisdizionale provvisoria fossero adempiute o meno. E l'Alta Corte ha sempre applicato la limitazione in parola pure alle decisioni cautelari finali ai sensi dell'art. 90 LTF¹²⁰⁶, ragione per cui non mi sembra opportuno derogare a tale regola per quanto attiene al procedimento di assunzione di prove a titolo cautelare. Occorre poi rammentare che il potere cognitivo limitato del Tribunale federale per tale tipologia di procedure non è motivato unicamente dalla necessità di non giudicare più volte su di una medesima fattispecie, bensì trova il proprio fondamento pure nel fatto che una misura provvisoria è ordinata normalmente a seguito di un esame sommario della fattispecie, motivo per cui un esame completo da parte dell'autorità di ricorso superiore non appare opportuno, nonché nella necessità di non oberare di lavoro l'autorità in parola¹²⁰⁷. In particolare, anche nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, il giudice è tenuto ad emanare la propria decisione in esito ad un esame sommario della fattispecie sottopostagli, ragion per cui, una volta di più, la limitazione di cui all'art. 98 LTF mi sembra pertinente pure con riferimento ad una tale procedura.

¹²⁰⁶ TF 5A_181/2007, decisione del 26 giugno 2007, consid. 1.3; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 373; CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 6 e 13 ad art. 98 LTF; SEILER, *Bundesgerichtsgesetz*, n. 9 ad art. 98 LTF.

¹²⁰⁷ CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 2 ad art. 98 LTF; SEILER, *Bundesgerichtsgesetz*, n. 2 ad art. 98 LTF; SCHOTT, *BSK BGG*, n. 9 ad art. 98 LTF; Messaggio concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale del 28 febbraio 2001 (FF 2001, pagg. 3764 segg.), pag. 3892.

2. Procedura contestuale alla causa di merito

A) Soluzioni proposte

Per quanto riguarda le decisioni, siano esse positive o negative, emanate a seguito di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare presentata dopo, o contestualmente, all'introduzione della causa di merito, il Tribunale federale, rifacendosi alla sua giurisprudenza valida in materia di provvedimenti cautelari, tratta le stesse alla stregua di decisioni incidentali ai sensi dell'art. 93 LTF, una decisione finale ai sensi dell'art. 90 LTF entrando in linea di conto solo ove il provvedimento cautelare sia emanato in una procedura indipendente¹²⁰⁸. Una decisione cautelare emanata in una procedura che si sovrappone alla causa di merito e non adempie il citato criterio d'indipendenza è, infatti, sempre qualificabile quale decisione incidentale¹²⁰⁹.

Una tale decisione è dunque impugnabile in modo indipendente mediante ricorso in materia civile, rispettivamente ricorso sussidiario in materia costituzionale¹²¹⁰, ove il ricorrente alleggi e sostanzi che le condizioni poste dall'art. 93 cpv. 1 LTF sono adempiute, ovvero che la stessa può causargli un pregiudizio irreparabile o che l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defatigante o dispendiosa. Al riguardo SCHWEIZER rileva come in sostanza per il ricorrente sussista la sola possibilità di dimostrare il rischio di un pregiudizio irreparabile, l'applicazione dell'art. 93 cpv. 1 lett. b CPC essendo in questo caso esclusa, una decisione del Tribunale federale non essendo suscettibile di porre fine globalmente alla procedura¹²¹¹.

Trattandosi di decisioni in materia di provvedimenti cautelari, anche in questo caso la limitazione dei motivi di ricorso di cui all'art. 98 LTF torna pienamente applicabile.

¹²⁰⁸ DTF 138 III 76, consid. 1.2; TF 4A_229/2016, decisione del 6 ottobre 2016, consid. 1.4; TF 4A_438/2016, decisione del 28 luglio 2016; TF 4A_342/2014, decisione del 17 ottobre 2014, consid. 1; TF 4A_225/2013, decisione del 14 novembre 2013, consid. 1.1, non pubblicato in DTF 140 III 16; TF 4A_712/2011, decisione del 13 febbraio 2012, consid. 2.1; VON WERDT, *Bundesgerichtsgesetz*, n. 16 ad art. 93 LTF; CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 11 ad art. 90 LTF.

¹²⁰⁹ DTF 134 I 83, consid. 3.1; TF 5A_106/2015, decisione del 20 marzo 2015, consid. 1; CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 11 ad art. 90 LTF; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, pag. 366; ABBET, *Décisions*, pag. 384.

¹²¹⁰ Sull'ammissibilità dei due diversi rimedi giuridici cfr. n. 710.

¹²¹¹ SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. VIII 6.2.

B) Analisi critica

- 724 La soluzione proposta dal Tribunale federale mi sembra perfettamente condivisibile in quanto conforme alla giurisprudenza federale invalsa in materia di provvedimenti cautelari, quale è l'assunzione anticipata di un mezzo di prova ai sensi dell'art. 158 CPC, per cui simili decisioni, emanate pendente una causa di merito, vanno qualificate, in applicazione della LTF, quali decisioni incidentali.
- 725 Parimenti pertinente mi sembra l'osservazione di SCHWEIZER ove rileva che al ricorrente, in un tal caso, è data soltanto la possibilità di invocare un rischio di pregiudizio irreparabile, una decisione dell'Alta Corte non essendo suscettibile di porre fine alla lite intera (ovvero anche alla causa di merito). Tale soluzione è peraltro conforme a quella classicamente adottata dal Tribunale federale per i provvedimenti cautelari in generale¹²¹².

3. In caso di istanza cantonale o federale unica

- 726 Nel caso particolare in cui una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare venga decisa da un'istanza cantonale unica¹²¹³ o dal Tribunale federale dei brevetti¹²¹⁴, quanto esposto in precedenza torna di principio applicabile, con la peculiarità tuttavia che il ricorso in materia civile è aperto indipendentemente dal raggiungimento dei valori di causa determinanti¹²¹⁵.

IV. Impugnazione della decisione sulle spese giudiziarie

1. In generale

- 727 Contestualmente alla decisione di ammissione o reiezione di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare, il giudice procede di norma pure a fissare ed a ripartire le spese giudiziarie derivanti da una tale iniziativa processuale, applicando i principi già diffusamente indicati nel precedente capitolo¹²¹⁶. Così - fatta salva la possibilità (che come già detto dovrebbe essere, a mente di chi scrive, la regola, laddove la domanda è ammessa¹²¹⁷) in caso di pendenza della

¹²¹² Cfr. DTF 134 I 83, consid. 3.1, ove un'applicazione dell'art. 93 cpv. 1 lett. b CPC è esclusa per principio.

¹²¹³ Costellazione in cui va inglobato il caso in cui l'autorità di seconda istanza provveda lei stessa ad emanare misure cautelari: cfr. infra n. 698 - 706.

¹²¹⁴ Cfr. n. 339.

¹²¹⁵ Art. 74 cpv. 2 lett. b ed e LTF.

¹²¹⁶ Sul tema cfr. infra n. 555 segg., in particolare n. 610.

¹²¹⁷ Cfr. n. 595.

causa principale di rinviare la fissazione e la ripartizione delle spese giudiziarie alla sentenza finale di merito - si dovrà, in una procedura indipendente di assunzione di prove a titolo cautelare, provvedere a fissare le spese processuali e le spese ripetibili, ripartendole tra le parti.

In una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare precedente la pendenza della causa di merito, ove è dunque esclusa la possibilità di rinviare il destino delle spese giudiziarie a quest'ultima, il giudice dovrà procedere alla relativa fissazione e ripartizione già con la decisione che ammette o respinge la domanda e questo anche ove la stessa dovesse essere qualificata, in caso di accoglimento della domanda e contrariamente all'opinione qui sostenuta¹²¹⁸, quale disposizione ordinataria processuale. La peculiarità della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare precedente la causa di merito impone, infatti, di derogare al principio generale per cui, in simili disposizioni ordinarie processuali, non vengono di regola fissate e ripartite spese giudiziarie¹²¹⁹. Essendo l'introduzione della futura procedura di merito incerta, non resta, infatti, altra possibilità al giudice che inserire nella propria decisione che ammette o respinge la domanda di amministrazione del mezzo di prova pure un dispositivo inerente le spese giudiziarie dipendenti dalla procedura stessa¹²²⁰. Lo stesso regime deve, dal mio punto di vista, pure valere per una decisione negativa contestuale alla procedura di merito, i cui costi, come già detto¹²²¹, credo debbano restare a carico dell'istante soccombente nella sua domanda di tutela giurisdizionale cautelare, indipendentemente dall'esito della procedura principale.

Analogamente - dal mio punto di vista - in una decisione che ammette o rifiuta una domanda di delucidazione e/o completamento di una perizia assunta in via cautelare, nel caso in cui si tratti di una procedura indipendente precedente la causa di merito, per cui dunque un rinvio delle spese giudiziarie al merito non entra in linea di conto, il giudice dovrà fissare e ripartire le spese dipendenti da tale questione procedurale, applicando i principi indicati in precedenza¹²²². Questo indipendentemente dalla qualifica della decisione che ammette o respinge la domanda di delucidazione e/o completamento del referto¹²²³, anche in questo caso la peculiarità della procedura giustificando, secondo la mia

¹²¹⁸ Cfr. infra n. 667 - 671.

¹²¹⁹ Art. 104 cpv. 1 e 2 CPC; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 427; SUTER/VON HOLZEN, *Kommentar ZPO*, n. 22 ad art. 95 CPC; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 5 ad art. 104 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 4 ad art. 104 CPC; STERCHI, *BK ZPO*, n. 9 ad art. 95 CPC.

¹²²⁰ In tal senso anche: III CCA TI, 13.2014.76, del 24 aprile 2015, consid. 4; SUTER/VON HOLZEN, *Kommentar ZPO*, n. 22 ad art. 95 CPC.

¹²²¹ Cfr. n. 577.

¹²²² Al riguardo cfr. n. 555 segg., in particolare n. 622 - 625.

¹²²³ Cfr. infra n. 737 - 740.

opinione, una determinazione in quel contesto della sorte delle spese giudiziarie dipendenti da quell'aspetto del procedimento.

- 730 Detto ciò, qui di seguito verrà indicato brevemente, alla questione tornando comunque applicabili le regole generali pertinenti in materia di spese giudiziarie, con quale rimedio giuridico la fissazione e ripartizione delle stesse operata dal giudice può essere rimessa in discussione.

2. In seconda istanza

- 731 Di principio, la decisione sulle spese giudiziarie di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare è impugnabile, conformemente alle norme generali, unitamente alla decisione dove è inserito il relativo dispositivo¹²²⁴. Come per ogni decisione sulle spese processuali e le spese ripetibili una parte può tuttavia pure impugnare individualmente tale aspetto del pronunciato conformemente a quanto previsto dall'art. 110 CPC. In tal caso aperta sarà la via del reclamo¹²²⁵. In tutti i casi, trattandosi di decisioni emanate in una procedura retta dal rito sommario, il termine di impugnazione è di 10 giorni¹²²⁶.

3. Davanti al Tribunale federale

- 732 Anche dinanzi al Tribunale federale la decisione in materia di spese giudiziarie può essere impugnata contestualmente alla decisione in cui il relativo dispositivo è inserito oppure in modo indipendente. In entrambi i casi, in linea di conto entrano dunque un ricorso in materia civile, rispettivamente un ricorso sussidiario in materia costituzionale ove i presupposti dell'art. 74 LTF non siano adempiuti¹²²⁷. Per le restanti condizioni d'impugnazione - in particolare sulla qualifica quale decisione finale o incidentale, la quale va operata nello stesso modo della decisione principale nel quale il dispositivo sulle spese s'inserisce¹²²⁸ - si rinvia a quanto esposto in precedenza con riferimento al ricorso contro la decisione che ammette o rifiuta la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare¹²²⁹. Anche in questo caso occorre ricordare che,

¹²²⁴ TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 447; JENNY, *Kommentar ZPO*, n. 2 ad art. 110 CPC; STERCHI, *BK ZPO*, n. 1 ad art. 110 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 2 e 3 ad art. 110 CPC; RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 110 CPC; TAPPY, *CPC commenté*, n. 12 ad art. 110 CPC; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 1 ad art. 110 CPC.

¹²²⁵ Art. 319 lett. b. cifra 1 CPC.

¹²²⁶ Artt. 314 cpv. 1 e 321 cpv. 2 CPC.

¹²²⁷ RÜEGG, *BSK ZPO*, n. 4 ad art. 110 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 5 e 6 ad art. 110 LTF.

¹²²⁸ DTF 135 III 329, consid. 1.2; DTF 131 III 404, consid. 3.3; DTF 122 I 39, consid. 1a/aa; DTF 117 Ia 251, consid. 1a; CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 9 ad art. 90 LTF.

¹²²⁹ TF 4A_728/2016, decisione del 17 gennaio 2017; sulla qualifica della decisione: cfr. n. 707 segg.

trattandosi di procedura cautelare, il ricorrente potrà in tutti i casi, quali motivi di ricorso, invocare soltanto la violazione dei diritti costituzionali conformemente all'art. 98 LTF¹²³⁰.

V. Impugnazione delle altre decisioni emanate in corso di procedura, in particolare della decisione di delucidazione e/o completamento peritale

1. In generale

Per quanto attiene alle restanti decisioni emanate dal giudice nel corso di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare nell'ottica di regolare lo svolgimento e l'organizzazione del processo, queste vanno qualificate, analogamente alla procedura di merito, quali disposizioni ordinatorie processuali¹²³¹. 733

Le stesse sono dunque impugnabili in seconda istanza unicamente mediante reclamo, ove la legge lo preveda in modo esplicito¹²³², rispettivamente a condizione che il reclamante dimostri il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile¹²³³. In tutti i casi il termine di impugnazione è di 10 giorni¹²³⁴. 734

A tale regime specifico d'impugnazione soggiace pure la decisione con cui il giudice decide sui quesiti peritali posti da colui che postula l'assunzione di una perizia a titolo cautelare¹²³⁵. Ove tale decisione, come spesso accade, sia inglobata in quella di ammissione della domanda di assunzione di prove a titolo cautelare, il rimedio giuridico sarà dunque diverso a dipendenza di quale aspetto della decisione sia contestato. In caso di contestazione dell'ammissibilità della domanda ex art. 158 CPC, la decisione sarà infatti - secondo la mia opinione - impugnabile mediante appello, rispettivamente reclamo, se il valore litigioso di fr. 10'000.- non è raggiunto¹²³⁶, mentre in caso di contestazione dei quesiti peritali ammessi o stralciati il ricorrente dovrà comprovare il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile nell'ambito di un reclamo. 735

¹²³⁰ TF 4D_54/2013, decisione del 6 gennaio 2014, consid. 1.3, non pubblicato in DTF 140 III 30; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 8 ad art. 110 CPC; CORBOZ, *Commentaire LTF*, n. 9a ad art. 98 LTF.

¹²³¹ TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.3.

¹²³² Art. 319 lett. b cifra 1 CPC; si pensi per esempio alla decisione di ricasazione del perito (art. 50 cpv. 2 CPC).

¹²³³ Art. 319 lett. b. cifra 2 CPC.

¹²³⁴ Art. 321 cpv. 2 CPC.

¹²³⁵ III CCA TI, 13.2015.42, del 11 giugno 2015.

¹²³⁶ Cfr. n. 688 e 695.

- 736 Dinanzi al Tribunale federale la via del ricorso in materia civile - sussidiariamente di quello in materia costituzionale in caso di mancato adempimento delle condizioni di cui all'art. 74 LTF - è aperta a condizione che il ricorrente dimostri il rischio di un pregiudizio irreparabile¹²³⁷, una decisione dell'Alta Corte in relazione ad una disposizione ordinatoria processuale non essendo normalmente suscettibile di concludere la procedura¹²³⁸. Simili disposizioni ordinarie processuali vanno infatti qualificate quali decisioni incidentali ai sensi dell'art. 93 LTF¹²³⁹. Essendo le stesse emanate in una procedura cautelare, la limitazione dei motivi di ricorso alla violazione dei diritti costituzionali torna anche qui applicabile¹²⁴⁰.

2. Decisione di delucidazione e/o completamento peritale

- 737 Con riguardo alla decisione di delucidazione e/o completamento peritale, la terza Camera civile del Tribunale d'appello ticinese ha sviluppato una prassi specifica per cui la stessa sarebbe impugnabile con appello nella misura in cui respinge la relativa domanda, la stessa ponendo fine alla procedura ed essendo dunque una decisione finale, mentre sarebbe impugnabile mediante reclamo a condizione di dimostrare il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile in caso di ammissione della domanda, la stessa non ponendo in tal caso fine alla procedura e dovendo dunque essere qualificata quale disposizione ordinatoria processuale¹²⁴¹.
- 738 Dal mio punto di vista un trattamento diverso di una simile decisione rispetto alle altre disposizioni ordinarie processuali non è tuttavia giustificato. La prassi sviluppata dalla giurisprudenza ticinese ha certo il pregio di conformarsi ai principi sanciti dal Tribunale federale con riferimento alle decisioni di ammissione o reiezione di una domanda di assunzione di prove a titolo cautelare. Sennonché un'estensione di tale prassi anche alla decisione di delucidazione e/o completamento peritale non mi sembra opportuna. Questo in primo luogo poiché una tale decisione si limita a regolare lo svolgimento del procedimento e meglio la modalità di assunzione di un mezzo di prova, senza invece pronunciarsi sull'adempimento dei criteri di cui all'art. 158 CPC e dunque sul ben fondato della richiesta di tutela giurisdizionale dell'istante. In second'ordine, un trattamento diverso della decisione di delucidazione e/o completamento peritale emanata nell'ambito di una procedura di assunzione anticipata di prove rispetto al medesimo pronunciato emanato in una causa di merito non mi sembra giustificato, il giudice dovendo in entrambi i casi decidere

¹²³⁷ Art. 93 cpv. 1 lett. a LTF.

¹²³⁸ Art. 93 cpv. 1 lett. b LTF.

¹²³⁹ TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.3.

¹²⁴⁰ Art. 98 LTF.

¹²⁴¹ III CCA TI, 13.2012.50, del 20 agosto 2012, in RtiD I-2013, pag. 811, consid. 3.

sui medesimi aspetti in applicazione delle medesime norme, ovvero valutare se la perizia necessiti di essere completata o alcuni suoi punti debbano essere chiariti. A tale stadio della procedura una valutazione dell'adempimento dei criteri di cui all'art. 158 CPC non entra invece più, come detto, in considerazione.

D'altro canto, lo stesso Tribunale federale ha indicato che la decisione di negare l'allestimento di una seconda perizia nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, seppur mettesse fine alla procedura, non meritava un trattamento paritario rispetto alla decisione originaria di reiezione della domanda e non andava dunque qualificata quale decisione finale¹²⁴².

Riassumendo quanto esposto, ritengo dunque più opportuno che, anche una decisione di completamento e/o delucidazione della perizia, sia questa positiva o negativa, venga qualificata quale disposizione ordinatoria processuale. La stessa è dunque impugnabile a livello cantonale mediante reclamo ove il reclamante dimostri il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile¹²⁴³. Analogamente, dinanzi al Tribunale federale è aperta la via del ricorso in materia civile - sussidiariamente di quello in materia costituzionale in caso di mancato adempimento delle condizioni di cui all'art. 74 LTF - a condizione che il ricorrente dimostri l'adempimento delle condizioni di cui all'art. 93 cpv. 1 lett. a o b CPC.

VI. Schema riassuntivo

1. Decisioni di prima istanza cantonale

La qualificazione e l'impugnazione delle decisioni emanate in prima istanza, in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, può dunque essere riassunta come nello schema qui di seguito esposto. In tale schema sono state riprese le varie tipologie di decisioni di primo grado, indicando i vari rimedi giuridici esperibili a livello cantonale e federale. Le condizioni per l'introduzione dei vari rimedi giuridici ed i relativi termini di proposizione sono pure stati sommariamente indicati. Lo schema riassuntivo in parola tiene per il resto conto delle riflessioni espresse ai paragrafi precedenti del presente lavoro, ragione per cui, in alcuni casi, si è indicato il rimedio giuridico che lo scrivente ritiene più corretto e giustificato, seppur una parte di dottrina e giurisprudenza optino per altre soluzioni¹²⁴⁴.

¹²⁴² TF 4A_248/2014, decisione del 27 giugno 2014, consid. 1.1.

¹²⁴³ Art. 319 lett. b cifra 2 CPC.

¹²⁴⁴ In particolare per quanto attiene all'impugnazione delle decisioni positive di primo grado e delle decisioni di delucidazione e/o completamento della perizia.

Istanza superiore Tipo di decisione	Autorità cantonale di ricorso	Tribunale federale
Decisione positiva in procedura indipendente	<p>Appello se valore litigioso superiore a fr. 10'000.- (art. 308 cpv. 1 CPC).</p> <p>Reclamo se valore litigioso inferiore a fr. 10'000.- (art. 319 lett. a CPC).</p>	<p>Ricorso in materia civile, sussidiariamente in materia costituzionale, se condizioni dell'art. 93 cpv. 1 lett. a o b LTF adempiute (artt. 74 segg. e 113 segg. LTF).</p> <p>Motivi di ricorso limitati alla violazione dei diritti costituzionali (art. 98 LTF).</p>
Decisione negativa in procedura indipendente	<p>Appello se valore litigioso superiore a fr. 10'000.- (art. 308 cpv. 1 CPC).</p> <p>Reclamo se valore litigioso inferiore a fr. 10'000.- (art. 319 lett. a CPC).</p>	<p>Ricorso in materia civile, sussidiariamente in materia costituzionale (artt. 74 segg., 90 e 113 segg. LTF).</p> <p>Motivi di ricorso limitati alla violazione dei diritti costituzionali (art. 98 LTF).</p>
Decisione positiva in procedura contestuale al merito	<p>Appello se valore litigioso superiore a fr. 10'000.- (art. 308 cpv. 1 CPC).</p> <p>Reclamo se valore litigioso inferiore a fr. 10'000.- (art. 319 lett. a CPC).</p>	<p>Ricorso in materia civile, sussidiariamente in materia costituzionale, se condizione dell'art. 93 cpv. 1 lett. a LTF adempiuta (artt. 74 segg. e 113 segg. LTF).</p> <p>Motivi di ricorso limitati alla violazione dei diritti costituzionali (art. 98 LTF).</p>

Decisione negativa in procedura contestuale al merito	<p>Appello se valore litigioso superiore a fr. 10'000.- (art. 308 cpv. 1 CPC).</p> <p>Reclamo se valore litigioso inferiore a fr. 10'000.- (art. 319 lett. a CPC).</p>	<p>Ricorso in materia civile, sussidiariamente in materia costituzionale, se condizione dell'art. 93 cpv. 1 lett. a LTF adempiuta (artt. 74 segg. e 113 segg. LTF).</p> <p>Motivi di ricorso limitati alla violazione dei diritti costituzionali (art. 98 LTF).</p>
Decisione sulle spese giudiziarie	<p>Impugnazione con la decisione principale mediante appello o reclamo (artt. 308 cpv. 1 e 319 lett. a CPC)</p> <p>Reclamo indipendente (artt. 110 e 319 lett. b cifra 1 CPC).</p>	<p>Impugnazione con la decisione principale o in modo indipendente, alle stesse condizioni di ricorso contro quest'ultima (artt. 74 segg. e 113 segg. LTF).</p> <p>Motivi di ricorso limitati alla violazione dei diritti costituzionali (art. 98 LTF).</p>
Disposizioni ordinatorie processuali¹²⁴⁵	<p>Reclamo se vi è rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile (art. 319 lett. b cifra 2 CPC)</p>	<p>Ricorso in materia civile, sussidiariamente in materia costituzionale, se condizioni dell'art. 93 cpv. 1 lett. a o b LTF adempiute (artt. 74 segg. e 113 segg. LTF).</p> <p>Motivi di ricorso limitati alla violazione dei diritti costituzionali (art. 98 LTF).</p>

¹²⁴⁵ Compresa la decisione sui quesiti peritali e quella di delucidazione e/o completamento della perizia.

2. Decisioni di un'istanza cantonale unica e del Tribunale federale dei brevetti

- 742 Lo schema riassuntivo sopra riportato, per quanto riferito alle impugnazioni dinanzi al Tribunale federale, è senz'altro applicabile anche alle decisioni di un'istanza cantonale unica¹²⁴⁶ o del Tribunale federale dei brevetti, con la precisazione che in tal caso il ricorso in materia civile è sempre aperto, anche se non è raggiunto il valore litigioso determinante¹²⁴⁷.

¹²⁴⁶ Costellazione in cui va inglobato il caso in cui l'autorità di seconda istanza provveda lei stessa ad emanare misure cautelari: cfr. infra n. 698 - 706.

¹²⁴⁷ Art. 74 cpv. 2 lett. b e LTF.

Capitolo 8: Significato dei mezzi di prova nel processo di merito

L'assunzione di prove a titolo cautelare, come i provvedimenti cautelari classici, 743 mantiene una funzionalità centrale per rapporto ad un potenziale procedimento di merito, indipendentemente dal fatto che questo potrà poi essere evitato grazie a tale strumento o meno. In quest'ultimo caso, ovvero ove all'assunzione di prove a titolo cautelare segua o si sovrapponga un processo principale, appare interessante chiarire quale sia la sorte delle prove assunte anticipatamente. In particolare, occorre chiedersi se una riassunzione delle medesime possa ancora entrare in linea di conto, in che misura possa essere richiesta una completazione del materiale probatorio assunto e come questo vada valutato ed apprezzato dal giudice nell'ambito del proprio libero apprezzamento delle prove. Tali temi verranno pertanto approfonditi, dopo delle brevi riflessioni preliminari, di portata più generale, sul significato e l'utilità delle prove assunte in via cautelare. Particolare attenzione verrà dedicata alla prova peritale, ritenuto come tale strumento assuma sempre più carattere determinante nell'ottica del giudizio di merito, nonché tenuto conto del fatto che spesso il ricorso all'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare si orienta proprio all'amministrazione anticipata di una perizia.

I. Riflessioni preliminari

Nel presente capitolo, come indicato sopra, ci si concentrerà in particolare sulla 744 sorte delle prove assunte in applicazione dell'art. 158 CPC nel processo di merito, ovvero, sostanzialmente, sulla questione a sapere quale debba essere il trattamento loro riservato in quella procedura principale e quale sia il loro impatto nell'ottica della decisione in cui la stessa sfocerà. Prima di addentrarsi in tali questioni, mi sembra tuttavia importante qui ricordare che il significato dei mezzi di prova assunti in via cautelare non si esaurisce nel loro concorrere al conseguimento del convincimento del giudice del merito. Una tale visione è alquanto riduttiva. Difatti, già si è detto¹²⁴⁸, che l'assunzione di uno o più mezzi di prova in via cautelare è suscettibile di rivestire una particolare importanza anche nell'ottica di un componimento amichevole delle vertenze, non da ultimo ove gli stessi siano a disposizione delle parti e del conciliatore in occasione di un'udienza di conciliazione¹²⁴⁹. A ciò si aggiunge la potenziale utilità delle

¹²⁴⁸ Cfr. infra n. 36 - 37.

¹²⁴⁹ Cfr. n. 37.

prove assunte in via anticipata nell'ottica di semplificare la procedura principale, limitando per esempio una prima parte della medesima all'evasione di alcune eccezioni o contestazioni. Del tema si è già diffusamente parlato in precedenza - indicando aspetti positivi e potenziali problematiche - ragione per cui basta qui rinviare a tutto quanto si è già avuto modo di esporre¹²⁵⁰.

II. Riassunzione dei mezzi di prova nella causa di merito

1. In caso di procedura anteriore alla causa di merito

- 745 Nel caso in cui alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare segua una procedura principale, i mezzi di prova assunti anticipatamente sono senz'altro utilizzabili in quest'ultima¹²⁵¹. Così, la parte interessata potrà allegare la perizia, i verbali delle audizioni testimoniali o dell'ispezione oculare, le copie dei documenti ottenuti in edizione, ecc. quali documenti alla propria iniziativa processuale¹²⁵², rispettivamente postulare il richiamo dell'incarto relativo alla procedura di assunzione di prove a titolo cautelare.
- 746 Secondo la dottrina dominante e la giurisprudenza, tuttavia, il fatto che una prova sia stata assunta in via cautelare, non esclude una sua riassunzione nell'ambito della procedura di merito successiva¹²⁵³. Secondo FELLMANN¹²⁵⁴ e DOMEJ¹²⁵⁵, la riassunzione potrà essere sollecitata da entrambe le parti senza dover allegare e comprovare un particolare interesse specifico, ritenuto che la stessa può anche essere ordinata d'ufficio dal giudice ove questi lo ritenga imprescindibile¹²⁵⁶. Quanto a SCHMID¹²⁵⁷, egli critica la visione di detti autori, rilevando come una riassunzione del mezzo di prova nel processo di merito non andrebbe concessa senza condizioni.

¹²⁵⁰ Cfr. infra n. 38 - 42 e 212 - 216.

¹²⁵¹ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 46 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1081; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 88; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 27 ad art. 158 CPC.

¹²⁵² FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 46 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89.

¹²⁵³ DTF 142 III 40, consid. 3.1.3; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 46 ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 27 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1082; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 947; GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkommentar*, n. 8 ad art. 158 CPC.

¹²⁵⁴ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 46 ad art. 158 CPC.

¹²⁵⁵ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89.

¹²⁵⁶ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 48 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89; art. 153 CPC.

¹²⁵⁷ SCHMID, *Gesuchsgegner*, pag. 625.

Soltanto GUYAN¹²⁵⁸ ritiene che l'assunzione di una prova a titolo cautelare escluda di principio una sua riassunzione nell'ambito del processo principale, senza tuttavia motivare in modo puntuale tale sua convinzione. 747

Dal mio punto di vista, l'opinione della maggioranza della dottrina è convincente nel suo risultato e merita di essere condivisa. Mi sembra, infatti, importante ricordare come l'assunzione di prove a titolo cautelare avvenga normalmente ad uno stadio processuale in cui il tema della lite si trova ancora ad uno stadio embrionale, con le parti che non hanno ancora realmente avuto la possibilità di esporre tutte le loro allegazioni e contestazioni¹²⁵⁹. Una riamministrazione della prova, una volta chiarito il tema della lite, potrebbe dunque essere giustificata, se non addirittura necessaria¹²⁶⁰. Detto ciò, mi sembra importante precisare che la riassunzione del mezzo di prova non avviene senza che sia dato il presupposto dell'interesse degno di protezione, il quale, assurgendo a principio generale della procedura civile¹²⁶¹, deve soggiacere ad ogni iniziativa processuale delle parti e trova la sua concretizzazione anche in materia di amministrazione probatoria, laddove la legge prevede che il giudice deve assumere solo i mezzi di prova pertinenti¹²⁶². Piuttosto, come rilevano rettamente FELLMANN e DOMEJ, tale interesse non necessita di essere specificatamente comprovato, poiché deriva naturalmente dalle specificità dianzi evocate dell'assunzione di una prova a titolo cautelare, che giustificano appunto la possibilità di riassunzione del mezzo di prova nell'ambito della procedura di merito¹²⁶³. 748

Non da ultimo, la possibilità di ottenere una riassunzione del mezzo di prova amministrato in via cautelare potrebbe essere giustificata anche dal principio d'immediatezza (*Unmittelbarkeitsprinzip*)¹²⁶⁴, sancito all'art. 155 cpv. 2 CPC. Tale logica è particolarmente stringente ove le organizzazioni giudiziarie cantonali prevedano la competenza di un giudice unico per assumere delle prove in via cautelare, mentre istituiscono un diverso collegio giudicante per decidere della causa di merito. Parimenti, una riassunzione della prova potrebbe entrare in linea di conto ove il giudice adito in via cautelare sia diverso da quello del merito, ovvero, soprattutto, nel caso in cui l'assunzione di prove anticipata sia stata sollecitata al tribunale del luogo in cui il provvedimento andava eseguito, 749

¹²⁵⁸ GUYAN, *BSK ZPO*, n. 1 ad art. 158 CPC.

¹²⁵⁹ DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1081; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 946.

¹²⁶⁰ In tal senso cfr. anche: ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 28 ad art. 158 CPC.

¹²⁶¹ Cfr. art. 59 cpv. 2 lett. a CPC.

¹²⁶² Art. 152 cpv. 1 CPC.

¹²⁶³ Analogamente, con riferimento alla dicotomia dei due oggetti litigiosi: TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1082.

¹²⁶⁴ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 27 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 46 ad art. 158 CPC.

che non equivale a quello competente per conoscere della procedura di merito¹²⁶⁵. La problematica merita tuttavia di essere analizzata di caso in caso, ritenuto che, dal mio punto di vista, ammettere dogmaticamente, richiamandosi al principio dell'immediatezza, l'indiscriminata riassunzione, da parte del giudice del merito, dei mezzi di prova amministrati ex art. 158 CPC, equivarrebbe a privare in parte di portata ed interesse lo strumento in esame, ciò che mi sembra particolarmente problematico laddove una riassunzione non sia più possibile, perché il mezzo di prova è scomparso o è stato annientato, oppure lo stato di fatto oggetto di prova si è modificato.

2. In caso di causa di merito già pendente

- 750 Nel caso in cui la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare si sovrapponga alla procedura di merito, secondo FELLMANN¹²⁶⁶, una riassunzione del medesimo mezzo di prova potrebbe invece entrare in linea di conto soltanto in presenza di motivi giustificati.
- 751 L'opinione di tale autore mi sembra perfettamente corretta. L'assunzione anticipata di un mezzo di prova nella procedura di merito è, infatti, spesso motivata anche da esigenze legate all'economia processuale, con lo scopo non ultimo di semplificazione del processo. Permettere un'indiscriminata ed immotivata riassunzione di ogni mezzo di prova già amministrato frustrerebbe dunque in larga misura l'istituto stesso, comportando peraltro un'esplosione dei costi del processo. A differenza che in ambito preprocessuale poi, nel contesto della causa di merito, il tema della lite è spesso ben cristallizzato ed è dunque più chiaro quali fatti dovranno effettivamente essere oggetto di prova. Normalmente, l'assunzione anticipata del mezzo di prova sarà poi avvenuta a cura della stessa autorità giudicante il merito, rispettivamente su delega della medesima in applicazione dell'art. 155 cpv. 1 CPC. Mi sembra dunque corretto limitare i casi di riassunzione a quelle costellazioni in cui una nuova amministrazione del mezzo di prova appare particolarmente giustificata.
- 752 Una riassunzione del mezzo di prova già amministrato a titolo cautelare risulterà in particolare giustificata ove tale amministrazione sia avvenuta ad uno stadio estremamente anticipato della vertenza di merito, caso in cui la problematica dell'embrionalità del tema del litigio riassume piena centralità. In altri termini, le parti potranno sollecitare una nuova amministrazione della prova in quei casi in cui nuove allegazioni o contestazioni lascino apparire il mezzo di prova in discussione sotto un'altra luce o necessitino di prova ulteriore¹²⁶⁷.

¹²⁶⁵ Art. 13 lett. b CPC; cfr. n. 313.

¹²⁶⁶ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 47 ad art. 158 CPC.

¹²⁶⁷ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 47 ad art. 158 CPC.

3. In caso di mancato coinvolgimento della controparte

La necessità di riassunzione di un mezzo di prova amministrato in via cautelare appare particolarmente acuta laddove alla parte convenuta in quella procedura non era stato possibile garantire il più ampio diritto di essere sentita, ovvero la possibilità di partecipare attivamente all'assunzione della prova¹²⁶⁸. Nella procedura di merito, a tale parte andrà così di principio concesso il diritto ad una "seconda chance"¹²⁶⁹. In tal senso, per esempio, ove una parte non abbia avuto la possibilità di porre quesiti ad un perito, il cui intervento era estremamente urgente, tale facoltà le va di principio concessa nella procedura di merito, a meno che la stessa vi rinunci.

Resta tuttavia inteso che una "seconda chance" sarà possibile solo a condizione che il mezzo di prova non sia frattanto scomparso, rendendo un tale esercizio di fatto impossibile. Si pensi ad esempio al testimone in punto di morte - la cui audizione immediata era imminente, ciò che non permise il coinvolgimento della controparte - che poi effettivamente spira prima che una sua nuova audizione nella procedura di merito sia possibile.

La problematica qui evocata dovrebbe tuttavia presentarsi solo in rari casi, considerato che - come si è già detto in una parte precedente del presente lavoro¹²⁷⁰ - il giudice della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare dovrà di principio modulare l'assunzione del mezzo di prova in modo da garantire alla controparte il massimo coinvolgimento possibile, a garanzia del suo diritto di essere sentita. Ad esempio, in materia peritale, il giudice potrà ordinare al perito di procedere in un primo tempo ad un'ispezione oculare, alla presenza delle parti, raccogliendo se del caso la documentazione fotografica necessaria all'allestimento del referto, cosicché l'urgenza di accertare lo stato di fatto non ne risulti messa in discussione. L'esperto incaricato procederà poi solo in un secondo tempo e dopo che anche la parte convenuta avrà avuto modo di formulare propri quesiti, alla redazione del suo referto.

Per quanto attiene invece alle prove la cui amministrazione si esaurisce con un solo atto istruttorio, come per esempio l'audizione di un testimone, mi sembra anche qui importante ricordare¹²⁷¹ come, da un punto di vista meramente pratico, difficilmente il giudice potrà procedere all'audizione del medesimo il giorno stesso del deposito della domanda dell'istante. Anche in questo caso un coinvolgimento della controparte non dovrebbe dunque, di principio, essere impossibile, tenuto anche conto delle possibilità offerte dalle più moderne tecnologie.

¹²⁶⁸ Cfr. infra n. 460 - 467.

¹²⁶⁹ In tal senso cfr. anche: ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 28 ad art. 158 CPC.

¹²⁷⁰ Cfr. infra n. 426 - 430 e 464 - 467.

¹²⁷¹ Cfr. n. 466.

4. Il caso particolare della perizia giudiziaria

A) In generale

- 757 La perizia giudiziaria si caratterizza come il contributo di un esperto alla formazione del convincimento del giudice. La stessa ha una portata centrale nel processo civile, laddove il giudice decida di farvi ricorso, non da ultimo poiché soggiace ad un preciso regime di apprezzamento, in parte vincolante per il giudicante¹²⁷². Viste tali peculiarità, la relativa riassunzione nel processo principale pone specifiche problematiche concettuali che meritano un approfondimento. Il tema è quello della portata e dello scopo di una tale riassunzione, nonché quello della persona dell'esperto incaricato in via cautelare e di una sua eventuale sostituzione nel processo di merito.
- 758 TREZZINI¹²⁷³ al riguardo sottolinea, a mio parere correttamente, come lo scopo dell'art. 158 CPC non sia quello di assumere un prodotto probatorio, in specie una perizia, da esporre poi nel processo di merito al vaglio critico di una nuova perizia giudiziaria. Un tale modo di procedere svuoterebbe largamente di portata l'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare, ritenuto che, ove fosse possibile una totale rimessa in discussione delle conclusioni del perito incaricato in sede cautelare, si perderebbe l'efficacia di tale strumento nell'ottica della valutazione delle prospettive processuali e dell'evitazione delle procedure inutili. Confrontate con una perizia giudiziaria che potrebbe essere potenzialmente soppiantata da un nuovo referto ordinato dal giudice, le parti non sarebbero, infatti, più in possesso di un così valido mezzo di valutazione delle proprie prospettive processuali e pure l'incentivo alla conclusione di un eventuale accordo transattivo verrebbe meno. Per tacere che la completa rimessa in discussione della prova peritale comporterebbe un'esplosione dei costi del processo, ciò che nuovamente non era lo scopo del legislatore federale. Che la perizia assunta in via cautelare costituisca una vera e propria perizia giudiziaria nel processo di merito, con un pieno potere probatorio, è peraltro incontestato in dottrina¹²⁷⁴ e giurisprudenza¹²⁷⁵.
- 759 D'altro canto, non si può disconoscere che la perizia assunta in via cautelare sarà, per sua natura, un prodotto avente determinati limiti, non da ultimo legati al fatto che, allo stadio in cui viene assunta, il tema della lite non è ancora del tutto cristallizzato, ma solo affacciato, nonché che tale assunzione è pure spesso vincolata ad esigenze di celerità che possono impattare sull'ampiezza e l'approfondimento dell'intervento peritale. Tali limiti saranno ancor più palesi

¹²⁷² Sul tema cfr. infra n. 789 segg.

¹²⁷³ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1034.

¹²⁷⁴ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 28 ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1081; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89.

¹²⁷⁵ DTF 142 III 40, consid. 3.1.3; DTF 140 III 24, consid. 3.3.3.

laddove si opti per l'amministrazione, in via cautelare, di una perizia sommaria¹²⁷⁶, caso sul quale si tornerà in appresso¹²⁷⁷.

Tenuto conto dei contrapposti aspetti dianzi evocati, dal mio punto di vista, la riassunzione della prova peritale nel processo di merito - impregiudicato un completamento del referto o un'estensione del tema del medesimo, aspetti su cui si tornerà qui di seguito¹²⁷⁸ - va dunque intesa come la possibilità per le parti di porre al perito delle ulteriori domande sul medesimo tema probatorio, ad esclusione tuttavia di quesiti che abbiano quale unico scopo quello di mettere in discussione, esponendole al vaglio critico, le conclusioni contenute nella perizia assunta nella procedura dell'art. 158 CPC. In altri termini, nel processo di merito, le parti potranno chiedere al perito di esprimersi nuovamente su aspetti trattati dalla perizia, rispondendo in maniera più approfondita e specifica, superando dunque i limiti suindicati del referto in discussione. Lo scopo di tali domande deve tuttavia restare quello di ricerca della verità materiale, non invece quello di tentare in ogni modo di mettere in discussione le conclusioni del perito cautelare. Ciò non esclude che la riassunzione del mezzo di prova peritale nella causa di merito possa condurre a risultati anche in parte discordanti rispetto a quelli del referto cautelare, dettati proprio dal fatto che, a quello stadio della lite, le allegazioni delle parti si sono completate e l'intervento del perito può essere più ampio e approfondito. 760

Oltre a quanto esposto, mi sembra poi importante qui ricordare che in alcuni casi la perizia assunta in via cautelare costituirà, per forza di cose, il punto di partenza del lavoro del perito nominato nella procedura di merito. Questo soprattutto laddove la medesima portasse sull'accertamento di uno stato di fatto che frattanto si è modificato e non è dunque più direttamente percepibile dal perito, il quale si dovrà dunque basare sugli accertamenti esperiti in precedenza e contenuti nel referto cautelare. L'esempio è quello, già più volte evocato, dell'immobile difettoso che minaccia un crollo imminente, il cui committente ricorre allo strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare - ottenendo una perizia sullo stato della costruzione - per poter poi intervenire con celerità sul medesimo. Al momento dell'istruttoria della procedura principale, lo stato di fatto oggetto di prova si sarà verosimilmente modificato, il committente avendo fatto nel frattempo intervenire altri appaltatori per la messa in sicurezza provvisoria del manufatto. Così, il perito nominato in quella sede, dovrà basarsi sugli accertamenti contenuti nella perizia assunta in via cautelare, una percezione diretta dello stato di fatto non entrando più in linea di conto. Ben si comprende pertanto come, soprattutto in tali costellazioni, la perizia assunta in via cautelare mantenga tutta la sua centralità ed importanza, risultando finanche 761

¹²⁷⁶ Cfr. n. 529 - 532.

¹²⁷⁷ Sul tema cfr. n. 765 - 766.

¹²⁷⁸ Cfr. infra n. 772 segg.

imprescindibile nell'ottica dell'allestimento del referto peritale nella procedura di merito.

- 762 Quanto alla questione a sapere se il perito del merito debba essere il medesimo della procedura cautelare, oppure se una sua sostituzione sia giustificata, credo che una soluzione universale non sia invero immaginabile, giustificandosi piuttosto un'analisi puntuale di ciascun caso specifico ed in particolare delle peculiarità della perizia richiesta e dunque del profilo del perito necessario.
- 763 In quei casi in cui la fattispecie da sottoporre a perizia sia relativamente semplice e necessiti di conoscenze tecniche generali, quali quelle di un architetto o di un ingegnere generalisti, la nomina di un diverso perito, fatti salvi casi di ricasazione¹²⁷⁹ o di manifesta incapacità o inadeguatezza¹²⁸⁰, non penso debba entrare in linea di conto, non foss'altro che per motivi di economia processuale, il primo perito incaricato in sede cautelare conoscendo già in modo approfondito la fattispecie su cui avrà ad esprimersi nuovamente.
- 764 Diversa credo sia la soluzione in quei casi ove l'intervento del perito della procedura di merito sia particolarmente puntuale e specifico, da cui la necessità di un profilo particolare, avente per esempio delle conoscenze approfondite in relazione ad una particolare problematica. Difatti, in tali circostanze, il profilo più generalista dell'esperto, incaricato in via cautelare di rimettere una perizia, potrebbe rivelarsi inadeguato o insufficiente, da cui la necessità di una sua sostituzione con uno o più periti incaricati nel merito. A titolo di esempio, si pensi ad un grosso immobile che presenta numerosi difetti che dipendono da errori progettuali e di esecuzione. In questo caso, per l'esecuzione di una perizia, eventualmente sommaria¹²⁸¹, dettata anche da esigenze di celerità, ben si giustificherebbe di nominare nella procedura ex art. 158 CPC un perito generalista, quale un architetto o un ingegnere, che abbia a rimettere un referto complessivo sullo stato dell'immobile. Nella procedura di merito, tale figura potrebbe però risultare insufficiente, le problematiche riscontrate essendo tali da giustificare la nomina di più nuovi periti, aventi conoscenze specifiche, ciascuno nei diversi settori tra i quali ricadono i vari difetti lamentati. Oppure si pensi ad un contenzioso in relazione ad un infortunio occorso ad un paziente avente da poco subito un intervento con inserimento di una protesi, la quale a seguito di una caduta si rompe in più punti. Anche in questo caso, il profilo del perito cautelare, a cui è chiesta un'analisi dell'infortunio e dell'eventuale difettosità della protesi - per esempio un medico esperto del settore - non necessariamente sarà lo stesso del perito nominato nel merito, laddove al medesimo è chiesta un'approfondita analisi dei materiali utilizzati per la costruzione della protesi e della loro eventuale inidoneità.

¹²⁷⁹ Art. 183 cpv. 2 CPC.

¹²⁸⁰ Art. 188 cpv. 1 CPC.

¹²⁸¹ Cfr. n. 529 - 532.

B) In caso di perizia sommaria

La tematica della riassunzione della prova peritale nella procedura di merito assume una particolare importanza laddove, nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, si sia optato, non da ultimo per ragioni di contenimento dei costi e delle tempistiche, per l'assunzione di una semplice perizia sommaria. Dei casi in cui si può ricorrere a tale strumento alternativo, si è già detto in una fase precedente del presente lavoro¹²⁸². Basti qui ricordare che la perizia sommaria si fonda anche su di una logica di verosimiglianza¹²⁸³, ragione per cui gli accertamenti peritali risulteranno di natura meramente sommaria, sufficienti per valutare le prospettive processuali della causa principale, ma non idonei alla prova di una pretesa nel merito. 765

In simili circostanze, mi sembra chiaro che la necessità di riassunzione della prova peritale nella procedura principale diviene, a fronte di una perizia sommaria assunta in via cautelare, particolarmente acuta. Pure la questione della scelta del perito incaricato, nella causa principale, di rimettere un referto "ordinario" credo meriti una riflessione specifica. La scelta del profilo già incaricato di redigere la perizia sommaria, assunta nella procedura di 158 CPC, potrebbe, infatti, rivelarsi infelice, poiché la stessa persona sarebbe chiamata ad allestire due prodotti retti da logiche ben diverse, ciò che potrebbe comportare immaginabili difficoltà. Lo stesso perito sarebbe in altri termini chiamato ad intervenire a due diversi stadi della procedura, agendo dapprima in un contesto di sommarietà, rispettando logiche di celerità e limitandosi ad analisi tecniche in verosimiglianza, per poi invece doversi calare in un contesto completamente diverso quale quello della classica perizia "ordinaria". Una seria riflessione sulla persona del perito da incaricare nell'ambito della riassunzione della prova peritale mi sembra pertanto in questa costellazione ancor più giustificata. 766

III. Impossibilità di riassunzione e relative conseguenze

Come si è già detto¹²⁸⁴, la riassunzione di un mezzo di prova presuppone che il medesimo, rispettivamente l'oggetto della prova, non siano nel frattempo scomparsi o si siano irrimediabilmente modificati. Una tale evenienza non sarà così rara, soprattutto in quei casi ove l'anticipazione del momento dell'amministrazione probatoria era giustificata da un simile rischio. Venuto a mancare il mezzo di prova, la facoltà di una sua nuova amministrazione decade di fatto. Si pone dunque la questione a sapere quali conseguenze ciò abbia sull'apprezza- 767

¹²⁸² Cfr. n. 529 - 532.

¹²⁸³ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 523.

¹²⁸⁴ Cfr. n. 754.

mento delle prove da parte del giudice. Gli scenari sono sostanzialmente due, dovendosi distinguere il caso in cui la controparte era stata pienamente coinvolta nella procedura ex art. 158 CPC, da quello in cui un tale coinvolgimento era stato impossibile.

1. In caso di diritto di essere sentiti e di partecipare all'assunzione della prova cautelare garantito

- 768 Nel caso in cui alle parti fosse stato concesso ampio diritto di essere sentite e di partecipare all'amministrazione del mezzo di prova, la questione non è invero particolarmente problematica. Il giudice terrà conto del mezzo di prova assunto in via cautelare e frattanto scomparso nell'ambito del suo libero potere di apprezzamento delle prove, eventualmente ponendo mente al fatto che tale mezzo di prova soffre il limite di essere stato assunto ad uno stadio processuale in cui il tema litigioso era ancora embrionale e basato sulle sole adduzioni della parte istante¹²⁸⁵.
- 769 In tutti i casi, un approccio troppo schematico e generico non si giustifica, ritenuto che ogni fattispecie presenterà delle peculiarità tali - non da ultimo dettate dalle eventuali contestazioni delle parti riferite al mezzo di prova anticipatamente assunto - che dovranno condurre il giudice all'individuazione della soluzione più equa e giustificata con riferimento alla tipologia di problematica con cui è confrontato.

2. In caso di diritto di essere sentiti e di partecipare all'assunzione della prova cautelare non garantito

- 770 Più problematico appare invece il caso, già dianzi evocato¹²⁸⁶, in cui la riassunzione della prova nel procedimento di merito appaia impossibile e la controparte non fosse stata minimamente coinvolta nella relativa amministrazione in via cautelare. Seppur, come già detto¹²⁸⁷, tale costellazione dovrebbe costituire una rara eccezione - il giudice dovendo fare di tutto per coinvolgere le parti già allo stadio cautelare, adottando le misure idonee a tutelare gli interessi di tutte le parti coinvolte¹²⁸⁸ - si pone in tal caso la questione del valore probatorio di queste tipologie di prove.
- 771 Svuotare di qualsiasi valore probatorio i mezzi di prova assunti in una procedura cautelare, nel caso in cui la controparte non aveva potuto essere debitamente

¹²⁸⁵ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1081; ZÜRCHER, *ZPO Kommentar*, n. 28 ad art. 158 CPC; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 946.

¹²⁸⁶ Cfr. n. 754.

¹²⁸⁷ Cfr. n. 755 - 756.

¹²⁸⁸ Cfr. n. 460 segg.

coinvolta, equivarrebbe in sostanza a svuotare altresì di qualsivoglia significato lo strumento codificato all'art. 158 CPC in quei casi in cui il ricorso al medesimo si giustifichi da un'urgenza tale da dover rinunciare alle garanzie di cui all'art. 155 cpv. 3 CPC. Al contrario, dal mio punto di vista, il mezzo di prova così assunto non perde il suo valore probatorio, ritenuto che una limitazione del diritto della parti di partecipare all'assunzione delle prove è ammissibile laddove validi motivi la giustifichino¹²⁸⁹. Chiaramente, il giudice della procedura di merito dovrà tuttavia tenere conto delle peculiarità del mezzo di prova in questione, dando in tutti i casi la possibilità alla parte ristretta nel suo diritto di partecipare all'amministrazione della prova di esprimersi sulla medesima¹²⁹⁰.

IV. Completazione delle risultanze probatorie nella causa di merito

1. In generale

Accanto alla possibilità, dianzi evocata, di ottenere una riassunzione completa dei mezzi di prova amministrati in via cautelare, vi è chiaramente altresì quella di postularne la relativa completazione¹²⁹¹. Una tale completazione può essere riferita al mezzo di prova stesso, nel senso che le parti possono per esempio ottenere una nuova audizione di un teste già in precedenza escusso con lo scopo di porgli ulteriori domande al riguardo di una questione su cui egli si è già in parte espresso, oppure possono sollecitare il perito nominato in sede cautelare con ulteriori quesiti tesi a completare il referto peritale a suo tempo rimesso. A ciò si aggiunge - a non averne dubbio - la possibilità di postulare l'assunzione di altri mezzi di prova con riferimento al medesimo tema probatorio¹²⁹², come per esempio l'audizione di ulteriori testi chiamati ad esprimersi su una questione per cui era chiamato a deporre il testimone ascoltato in via cautelare, oppure l'edizione di ulteriore documentazione oltre a quella già ottenuta in sede provvisoria.

¹²⁸⁹ DTF 122 I 53, consid. 4a; DTF 113 Ia 81, consid. 3a; DTF 112 Ia 5, consid. 2c; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 710; SCHWEIZER, *CPC commenté*, n. 14 ad art. 155 CPC.

¹²⁹⁰ DTF 112 Ia 5, consid. 2c; DTF 105 Ia 49, consid. 2b.

¹²⁹¹ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1083; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 46 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89.

¹²⁹² TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1083.

2. Estensione del tema probatorio

- 773 Oltre alla completazione delle risultanze probatorie riferite ai fatti oggetto di prova cautelare, le parti potranno certamente pure sollecitare una completazione di tali risultanze estendendone la portata probatoria ad aspetti che non erano stati affrontati in sede cautelare. Ciò sarà anzi la regola, considerato che spesso l'assunzione di prove a titolo cautelare è limitata ad un determinato tema indicato dall'istante; tema che peraltro avrà un carattere ancora embrionale, mancando una puntuale allegazione ed eventuale contestazione da parte del convenuto. Tale logica di completazione diviene poi particolarmente stringente laddove l'assunzione di prove a titolo cautelare è giustificata da una messa in pericolo del mezzo di prova. Già si è visto¹²⁹³, infatti, che in tal caso la prova dovrà di regola abbracciare solo gli aspetti necessitanti un celere accertamento, ad esclusione di quelli che invece potranno essere esaminati anche in un secondo tempo. In tali circostanze una completazione del materiale probatorio in sede di causa di merito si avvererà dunque imprescindibile.
- 774 Così, per esempio, in sede di procedura principale, la parte gravata dal relativo onere della prova, potrà chiedere al perito giudiziario che si era espresso, in sede cautelare, sulla presenza di difetti in un immobile, di estendere il proprio accertamento all'imputabilità, da un punto di vista tecnico, di tali difetti alla controparte. Parimenti, ad un esperto giudiziario che si era espresso soltanto sull'esistenza di un nesso causale naturale tra un incidente stradale ed una determinata patologia, potrà essere chiesto di chinarsi altresì sull'ampiezza del danno subito dalla parte lesa, rispettivamente, in ottica difensiva, sull'esistenza di fattori interruttivi di tale causalità naturale.
- 775 Da un punto di vista generale occorre dunque ricordare come la procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non abbia quale scopo quello di anticipare integralmente l'istruttoria di merito¹²⁹⁴, la quale manterrà la sua piena centralità nell'ambito della causa principale.

¹²⁹³ Cfr. infra n. 178 - 179.

¹²⁹⁴ KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 947; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 4 ad art. 158 CPC.

V. Valutazione e apprezzamento delle prove assunte in via cautelare

1. In generale

Come si è già più volte ricordato, nell'ambito di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare non ha luogo alcun apprezzamento delle prove¹²⁹⁵. Tale apprezzamento interviene unicamente nell'ambito dell'eventuale procedura di merito, sia essa contestuale o successiva. Qui di seguito verrà dunque affrontata la questione a sapere come intervenga tale apprezzamento, in particolare come il giudice debba tenere conto, nella formazione del suo convincimento, delle risultanze probatorie della procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. 776

2. Principio di libero apprezzamento delle prove

Il diritto processuale civile svizzero conosce il principio fondamentale, codificato all'art. 157 CPC, per cui il giudice forma il suo convincimento apprezzando liberamente le prove amministrate, senza dunque essere guidato da regole fisse sulla valenza e forza probatoria di un determinato mezzo di prova¹²⁹⁶. 777

Il principio del libero apprezzamento delle prove trova naturalmente piena applicazione anche con riferimento alle prove assunte in via cautelare. Da un punto di vista generale, dette prove vengono dunque apprezzate dal giudice competente a decidere la causa di merito secondo il suo libero apprezzamento, ad esclusione di schematismi sulla valenza probatoria dettata dalla tipologia e modalità¹²⁹⁷ di assunzione dei vari mezzi di prova¹²⁹⁸. 778

¹²⁹⁵ GASSER/RICKLI, *ZPO Kurzkomentar*, n. 8 ad art. 158 CPC; FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 30 ad art. 158 CPC; SCHMID, *KuKomm ZPO*, n. 4c ad art. 158 CPC; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 28 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89.

¹²⁹⁶ MEIER, *Kritische Darstellung*, pag. 292; GRONER, *Beweisrecht*, pag. 101; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18, n. 32; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 7 segg. ad art. 157 CPC; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 2 ad art. 157 CPC; HASENBÖHLER, *Kommentar ZPO*, n. 5 segg. ad art. 157 CPC; BIRRER, *Freie Beweiswürdigung*, pag. 272.

¹²⁹⁷ Nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare l'amministrazione dei vari mezzi di prova si caratterizza, infatti, per delle specificità quanto alla forma in cui avviene. A titolo di esempio, si pensi alla perizia o all'audizione testimoniale, per la cui formulazione dei quesiti peritali, rispettivamente delle domande da porre al teste, competenti sono qui le parti e non il giudice come di norma (cfr. n. 510 e 533).

¹²⁹⁸ Secondo il Tribunale federale vi è, infatti, violazione del principio di libero apprezzamento delle prove qualora il giudice conferisca anticipatamente ad una prova, a dipendenza delle sue specificità, una determinata idoneità probatoria: DTF

- 779 In altri termini, il fatto che una prova venga assunta in via anticipata, non ne preclude o limita l'efficacia probatoria. Resta inteso che il giudice, nell'ambito del suo apprezzamento delle prove, dovrà tenere conto di tutte le circostanze pertinenti nell'ottica della formazione del suo convincimento¹²⁹⁹. In tale ambito egli potrà dunque considerare, per esempio, il fatto che la prova cautelare scaturisse da un tema litigioso ancora embrionale, basato largamente sulle allegazioni dell'istante, rispettivamente dovrà tenere conto dell'ampiezza del coinvolgimento della controparte nell'amministrazione del mezzo di prova. La problematica non può tuttavia essere ricondotta a principi generali e regole fisse¹³⁰⁰, considerato che l'apprezzamento delle prove dipende in ogni caso dalla fattispecie concreta con cui è confrontato il giudice, che dovrà dunque considerare tutte le peculiarità specifiche del caso, giungendo poi al suo libero convincimento.

3. Contraddittorietà tra risultanze probatorie cautelari e di merito

- 780 La problematica dell'apprezzamento delle prove assunte in via cautelare diviene particolarmente acuta qualora nel processo di merito emergano ulteriori risultanze probatorie di segno opposto. Si pone, infatti, in questo caso la questione a sapere se le risultanze probatorie della procedura provvisoria debbano necessariamente cedere il passo di fronte a quanto emerso nel processo di merito.
- 781 Al riguardo, in una decisione emessa prima dell'entrata in vigore del CPC, ma che mantiene piena valenza attuale, il Tribunale federale aveva rilevato come il giudice, confrontato con due perizie, una a futura memoria e una assunta nel processo di merito, fosse libero di ritenere più concludente ed attendibile la prima, a scapito della seconda, a condizione chiaramente di motivare la sua decisione¹³⁰¹.
- 782 Da quanto esposto ne deriva che, di principio, non si giustifica una preminenza dei mezzi di prova assunti nel contesto dell'istruttoria di merito per rapporto a quelli amministrati in via anticipata e questo nel rispetto del divieto di determinazione preventiva dell'idoneità di un mezzo di prova a dipendenza delle

137 II 266, consid. 3.2; TF 5A_250/2012, decisione del 18 maggio 2012, consid. 7.4.1.

¹²⁹⁹ GRONER, *Beweisrecht*, pag. 106; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 3 ad art. 157 CPC.

¹³⁰⁰ GRONER, *Beweisrecht*, pagg. 104 e 105; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 17 ad art. 157 CPC.

¹³⁰¹ TF 4P.175/2003, decisione del 11 novembre 2003, consid. 3.

sue caratteristiche e specificità¹³⁰², tra cui va certamente annoverato pure il momento in cui interviene l'assunzione della prova.

Da un punto di vista generale, il giudice, confrontato con due mezzi di prova di segno opposto, uno assunto in via cautelare e l'altro amministrato nell'ambito dell'istruttoria di merito, dovrà dunque comparare i due prodotti valutando quale, secondo il suo libero apprezzamento, è più idoneo a formare il proprio convincimento. Si tratterà di valutare i due mezzi di prova contraddittori da un punto di vista qualitativo, tenendo conto per esempio di quanto gli stessi siano dettagliati e approfonditi, senza tuttavia limitarsi a inutili schematismi e non dimenticando di esperire pure una valutazione complessiva, tenendo conto anche dei restanti mezzi di prova giacenti nel carteggio processuale. Così, le dichiarazioni rese da un teste in sede di assunzione di prove a titolo cautelare, potrebbero essere più dettagliate, motivate a approfondite - nonché congruenti con riferimento alle restanti prove amministrative - rispetto alle dichiarazioni in parte discordanti espresse dal medesimo teste nella procedura di merito. Da cui la preferenza delle prime rispetto alle seconde. Analogo discorso può poi valere per la prova peritale, laddove l'aspetto qualitativo del referto assume chiaramente un ruolo preponderante, in particolare avuto riguardo al suo livello di approfondimento delle problematiche tecniche litigiose e alla qualità della motivazione esposta dal perito. 783

Resta il fatto che, come rettamente rilevano alcuni autori¹³⁰³, la prova assunta in via cautelare potrebbe soffrire del peccato originale, già ricordato¹³⁰⁴, d'innestarsi su di un tema litigioso non ancora cristallizzato e determinato prevalentemente dalle allegazioni della parte richiedente. Tale aspetto potrebbe dunque condurre il giudice a preferire le risultanze probatorie della procedura di merito a scapito di quelle cautelari. Ciò non sarà tuttavia per forza di cose la regola, come la giurisprudenza dianzi citata conferma. In fin dei conti, una volta di più, la soluzione dipenderà dalla libera valutazione del giudice, nel senso dianzi ricordato, tenuto conto di tutte le peculiarità del caso concreto e del peso specifico che questi riterrà giustificato accordare all'aspetto evocato. 784

¹³⁰² Secondo il Tribunale federale vi è, infatti, violazione del principio di libero apprezzamento delle prove qualora il giudice conferisca anticipatamente ad una prova, a dipendenza delle sue specificità, una determinata idoneità probatoria: DTF 137 II 266, consid. 3.2; TF 5A_250/2012, decisione del 18 maggio 2012, consid. 7.4.1.

¹³⁰³ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1081; SIEGENTHALER, *Gutachten im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung*, pag. 312; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pag. 946.

¹³⁰⁴ Cfr. n. 748.

4. Mancata cooperazione della controparte in sede cautelare

- 785 Nel suo libero apprezzamento delle prove, il giudice, oltre alle risultanze istruttorie, deve pure prendere in considerazione il comportamento processuale assunto delle parti¹³⁰⁵. Tale principio è esplicitato, in particolare, all'art. 164 CPC, secondo il quale, se una parte si rifiuta indebitamente di cooperare, il giudice ne tiene conto nell'apprezzamento delle prove.
- 786 Già si è detto¹³⁰⁶ che l'art. 164 CPC non trova tuttavia applicazione in sede di assunzione di prove a titolo cautelare, a questo stadio della lite non avvenendo apprezzamento delle prove di sorta. Resta il fatto che una prova assunta in via cautelare, ove alla procedura provvisoria segua o si sovrapponga una causa di merito, verrà in quest'ultima sede apprezzata dal giudice unitamente agli altri mezzi di prova a disposizione. Occorre dunque rispondere al quesito a sapere se, nell'ambito della procedura principale, il giudice dovrà tenere conto di un'eventuale mancata collaborazione della controparte nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, sanzionando la negata cooperazione nell'ambito dell'apprezzamento delle prove qui esperite.
- 787 Sulla questione ci si è invero già chinati in una fase precedente del presente lavoro e meglio nell'affrontare la problematica dell'obbligo di collaborazione della controparte nella procedura di assunzione di prove a titolo cautelare¹³⁰⁷. Basta dunque qui fare riferimento a quanto esposto in quella sede, limitandosi a ricordare che, di principio, la mancata collaborazione della controparte in sede cautelare non comporta automaticamente un'applicazione da parte del giudice del merito dell'art. 164 CPC, nella causa principale la parte renitente potendo ancora sanare la sua posizione, offrendo la collaborazione in precedenza negata¹³⁰⁸. Un'eccezione ricorre soltanto ove la mancata collaborazione della controparte divenga insanabile, poiché nel frattempo il mezzo di prova di cui era richiesta l'assunzione in via cautelare è irrimediabilmente andato perduto o è stato annientato dalla controparte stessa¹³⁰⁹.
- 788 In altri termini - esemplificando quanto esposto con riferimento al caso classico dell'edizione di documenti - ne viene dunque che la controparte che rifiuta di

¹³⁰⁵ BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 21 ad art. 157 CPC; GRONER, *Beweisrecht*, pag. 106; HASENBÖHLER, *Beweisrecht*, n. 5.59; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 734; GUYAN, *BSK ZPO*, n. 3 ad art. 157 CPC.

¹³⁰⁶ Cfr. n. 482.

¹³⁰⁷ Cfr. infra n. 483 - 484.

¹³⁰⁸ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 45a ad art. 158 CPC; TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1087; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 87; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, *Discovery*, pagg. 947 - 948; SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pto. V 2.

¹³⁰⁹ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 32 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 87.

produrli in sede cautelare, seppur così deciso dal giudice, potrà offrire nuovamente la sua collaborazione, editando quanto richiesto, nella causa di merito, evitando così l'applicazione dell'art. 164 CPC. Ove tuttavia nel frattempo tali documenti andassero persi o venissero distrutti dalla controparte renitente stessa, l'art. 164 CPC tornerebbe pienamente d'attualità, il comportamento ostile della controparte non potendo restare impunito¹³¹⁰. Non fosse così, la parte convenuta in sede cautelare a cui è richiesta l'edizione di determinati documenti si troverebbe in una situazione processuale estremamente favorevole, potendo negare la sua collaborazione per poi annientare il mezzo di prova in questione, senza incorrere poi in nessuno svantaggio nella causa di merito, ciò che a ben vedere apparirebbe scioccante.

5. Il caso particolare della perizia giudiziaria

Anche in questo contesto, la prova peritale merita, per le sue peculiarità, un breve approfondimento specifico, sia per quanto attiene al regime generale di apprezzamento a cui soggiace, sia per le particolarità connesse al medesimo laddove tale mezzo di prova venga amministrato in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare. 789

A) Principi generali

Per quanto attiene alla valenza della prova peritale, sia questa assunta nella causa di merito o in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare, il principio di libero apprezzamento a cura del giudice, sancito all'art. 157 CPC, torna certamente pure applicabile¹³¹¹. La specificità della perizia, che mira a colmare delle lacune dell'autorità giudicante in questioni prettamente tecniche o scientifiche, giustifica tuttavia un regime più specifico. 790

Secondo dottrina e giurisprudenza costanti, il giudice non è vincolato dalle conclusioni contenute in una perizia. Tuttavia, nella misura in cui intenda scostarsi dalle medesime, egli dovrà motivare la sua decisione¹³¹². Per rimettere in discussione una perizia occorrono circostanze precise, che ne revochino in serio dubbio la credibilità. Tale è il caso se l'esperto non ha risposto alle 791

¹³¹⁰ TREZZINI, *Provvedimenti cautelari*, n. 1087.

¹³¹¹ DTF 136 II 214, consid. 5; DTF 133 II 384, consid. 4.2.3; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 40 ad art. 183 CPC; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 6 ad art. 187 CPC; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 15 ad art. 183 CPC; BÜHLER, *Gerichts- und Privatgutachten*, pag. 607; COCCHI, *Perizia giudiziaria*, pag. 171.

¹³¹² DTF 130 I 337, consid. 5.4.2; DTF 128 I 81, consid. 2; TF 4A_202/2014, decisione del 18 febbraio 2015, consid. 4.1; TF 4A_177/2014, decisione del 8 settembre 2014, consid. 6.2; TREZZINI, *Comm. CPC*, pag. 751; BRÖNNIMANN, *BK ZPO*, n. 25 ad art. 157 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 41 ad art. 183 CPC; DOLGE, *BSK ZPO*, n. 15 ad art. 183 CPC; COCCHI, *Perizia giudiziaria*, pag. 171; BÜHLER, *Gerichts- und Privatgutachten*, pagg. 609 e 610; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 7 ad art. 187 CPC.

domande, se le sue conclusioni sono manifestamente contraddittorie o fondate su accertamenti di fatto erronei, oppure se il referto è viziato da difetti così evidenti e riconoscibili da non sfuggire nemmeno all'esame di un giudice privo di conoscenze specifiche¹³¹³. In altri termini, il giudice dovrà analizzare il referto peritale secondo i criteri di completezza, condivisibilità, chiarezza e concludenza, per poi valutare se il medesimo possa essere oggettivamente fatto proprio o meno¹³¹⁴.

- 792 Resta inteso che il giudice non deve però sostituire le proprie conoscenze a quelle espresse nel referto peritale, erigendosi ad arbitro in una disputa tra esperti, ma in questioni tecniche o scientifiche che sfuggono alle sue competenze deve affidarsi alle conclusioni peritali a cui è giunto l'esperto giudiziario¹³¹⁵, eventualmente, in caso di profondi dubbi, ricorrendo ad un'ulteriore perizia (*Obergutachten*) o all'assunzione di altri mezzi di prova¹³¹⁶.

B) Specificità della perizia assunta in via cautelare

- 793 Fermo restando quanto esposto al punto che precede in relazione all'apprezzamento della prova peritale, mi sembra importante rilevare come questo apprezzamento, laddove riferito ad una perizia assunta in via cautelare, assuma una valenza multipla. Il medesimo si estende, infatti, su tre diversi livelli, che abbracciano tre distinte problematiche.
- 794 In primo luogo, il giudice è tenuto ad apprezzare il referto peritale cautelare a sua disposizione per rispondere alla questione a sapere se - eventualmente in che misura - una riassunzione della prova peritale nell'istruttoria di merito sia giustificata. Al riguardo, già si è detto che una tale riassunzione non soggiace a particolari esigenze¹³¹⁷, perlomeno laddove la procedura di 158 CPC abbia anticipato la causa di merito¹³¹⁸. Resta il fatto che le parti potrebbero anche non richiedere una tale riassunzione, la quale potrebbe però essere ritenuta necessaria dal giudice, il quale, per determinarsi sulla necessità di un simile

¹³¹³ DTF 136 II 539 consid. 3.2; DTF 133 II 384 consid. 4.2.3; II CCA TI, 12.2014.3, del 14 luglio 2015, consid. 9.1; II CCA TI, 11.2011.62, del 2 agosto 2013, consid. 6a.

¹³¹⁴ RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 40 ad art. 183 CPC; BÜHLER, *Gerichts- und Privatgutachten*, pagg. 608 - 609.

¹³¹⁵ TF 4A_202/2014, decisione del 18 febbraio 2015, consid. 4.1; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 9 ad art. 187 CPC; BÜHLER, *Gerichts- und Privatgutachten*, pag. 609.

¹³¹⁶ Art. 188 cpv. 2 CPC; RÜETSCHI, *BK ZPO*, n. 43 ad art. 183 CPC; WEIBEL, *Kommentar ZPO*, n. 9 ad art. 187 CPC; BÜHLER, *Gerichts- und Privatgutachten*, pag. 609.

¹³¹⁷ Cfr. infra n. 746 - 749.

¹³¹⁸ In caso di contestualità tra le due procedure cfr. infra n. 750 - 752.

intervento d'ufficio¹³¹⁹, dovrà dunque apprezzare il prodotto cautelare con cui è confrontato.

In second'ordine, il giudice deve procedere ad un apprezzamento della perizia cautelare al momento in cui deve valutare se cambiare la persona del perito incaricato di presentare il referto nella procedura di merito, oppure se confermare l'esperto già nominato in via cautelare. Sui criteri che soggiacciono ad una tale scelta si è già detto in una fase precedente del presente lavoro¹³²⁰. È in ogni caso chiaro che, per ponderare tali criteri, il giudice dovrà prima di tutto apprezzare la perizia assunta in via anticipata. 795

In terzo ed ultimo luogo, il giudice, applicando i principi ricordati al punto precedente¹³²¹, deve infine apprezzare la perizia assunta in applicazione dell'art. 158 CPC, al momento della formazione del suo convincimento, nell'ottica dell'emanazione del giudizio di merito. Sull'idoneità probatoria di un mezzo di prova assunto in via cautelare e sui criteri di giudizio in caso di contraddittorietà con le risultanze probatorie della causa di merito si è già detto in precedenza, ragione per cui basta qui rinviare a quanto esposto in quella sede¹³²². 796

¹³¹⁹ FELLMANN, *Kommentar ZPO*, n. 48 ad art. 158 CPC; DOMEJ, *Hoffnung*, pag. 89; art. 153 CPC.

¹³²⁰ Cfr. infra n. 762 - 764.

¹³²¹ Cfr. infra n. 790 - 792.

¹³²² Cfr. infra n. 777 - 784.

Conclusioni

A titolo conclusionale, si può certo ben dire che l'introduzione nel CPC dello strumento dell'assunzione di prove a titolo cautelare - ed in particolare la sua estensione all'orizzonte applicativo dell'interesse degno di protezione - è da salutare positivamente, soprattutto nell'ottica di quei praticanti del diritto che in precedenza, sotto l'egida dei codici di rito cantonali, non disponevano di un simile strumento. Seppur non possa essere elevato a panacea di qualsivoglia rischio connesso all'avvio di una procedura giudiziaria, l'istituto analizzato offre, infatti, alle parti una fattiva possibilità di valutazione delle proprie prospettive processuali. Lo stesso è dunque pure funzionale all'economia processuale, a mente di chi scrive essendo anche suscettibile e finalizzato alla semplificazione dei processi, con lo scopo ultimo della loro evitazione. 797

Nel corso del presente lavoro sono tuttavia emersi anche i limiti dell'istituto dell'assunzione di prove a titolo cautelare, nel senso che il medesimo non sempre permette di colmare ogni deficit d'informazioni o probatorio in capo alla parte che vi ricorre. In particolare resta imprescindibile una preventiva conoscenza, foss'anche a grandi linee, dell'aspetto che si intende chiarire con la postulata assunzione anticipata di prove, ritenuto che l'art. 158 CPC, a differenza per esempio degli strumenti conosciuti dal diritto anglosassone analizzati nel presente studio oppure degli strumenti informativi codificati dal diritto materiale, conosce l'importante limite del divieto della prova inquisitoria. 798

Parimenti, la parte che postula l'assunzione anticipata di determinati mezzi di prova, dovrà altresì porre mente al fatto che lo strumento in narrativa non conosce un sistema di coercizione permettente di ottenere dalla controparte una fattiva collaborazione, come per esempio l'edizione di determinati documenti. Quest'ultimo aspetto appare particolarmente importante, ritenuto che, come si è visto, l'interessato potrebbe avere a disposizione altre possibilità per colmare il proprio deficit d'informazioni, come per esempio i diritti materiali d'informazione o gli altri strumenti offerti dal CPC analizzati nel presente lavoro. Una valutazione preventiva di tutte le possibilità offerte alla parte in questione è dunque d'obbligo, onde poi poter percorrere quella via che potenzialmente meglio permetterà di raggiungere il risultato mirato. Resta il fatto che la qui evocata assenza di mezzi coercitivi nei confronti della controparte assurge a limite assai importante e conduce a risultati scioccanti, se solo si considera che l'istante che ricorre allo strumento in esame potrebbe essere portato ad un impegno economico importate, che rischia però di tradursi in un nulla di fatto, nella misura in cui la controparte neghi la sua collaborazione. Dal mio punto di vista, tale distorsione del sistema messo a 799

disposizione delle parti dal legislatore meriterebbe certamente di essere corretto. Mi sembra, infatti, contraddittorio mettere a disposizione delle parti, nell'ottica della semplificazione e dell'evitazione dei processi, uno strumento come quello codificato all'art. 158 CPC, per poi abbandonare il medesimo ad uno stato di concreta ineffettività, nel caso in cui la misura richiesta necessiti della collaborazione della controparte.

- 800 In tal senso, impregiudicata la necessità di un intervento da parte del legislatore, ho indicato nel presente lavoro tre possibili alternative volte a palliare al citato regime d'ineffettività. Tra queste, la più facilmente percorribile, alla luce anche della giurisprudenza del Tribunale federale riferita alla procedura di conciliazione, mi sembra essere quella di un'applicazione dell'art. 128 CPC in caso di mancata collaborazione della controparte. Il fatto che il diniego di collaborare della parte convenuta in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare costituisca una grave turbativa dell'andamento della procedura mi pare, infatti, innegabile, non da ultimo considerate le importanti implicazioni finanziarie in capo all'istante ed il dispendio di tempo necessario per l'evasione della causa.
- 801 Un altro aspetto che non può essere negletto e che traspare dal presente studio è l'impatto economico che il ricorso all'assunzione di prove a titolo cautelare può avere per la parte che decide di farvi capo. Se l'assunzione anticipata di una prova permette, infatti, di evitare l'immediata introduzione della causa di merito, ciò che in fin dei conti potrebbe anche condurre ad un importante risparmio di denaro, non va dimenticato che i costi di tale assunzione sono sempre a carico del richiedente e questo almeno fintanto che questi non ne ottenga la rifusione nell'ambito di una procedura principale o di un accordo transattivo. Tale problematica è poi acuita dalla giurisprudenza federale che nega il diritto al gratuito patrocinio in una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare fondata sull'art. 158 cpv. 1 lett. b secondo periodo CPC. Quest'ultima, seppur dogmaticamente corretta, conduce ad un risultato ben poco soddisfacente e lascia aperti alcuni dubbi che meriterebbero un chiarimento. In ogni caso, secondo l'opinione qui sostenuta, la medesima non dovrebbe trovare applicazione qualora il richiedente renda verosimile l'esposizione a pericolo di un mezzo di prova, in tale caso essendo egli minacciato dalla perdita di un diritto o perlomeno dal rischio di impossibilità di imporre tale diritto nella futura procedura di merito. In tale caso le probabilità di successo necessarie alla concessione del gratuito patrocinio, sempre secondo l'opinione qui sostenuta, andrebbero valutate con riferimento alla verosimiglianza dell'adempimento delle condizioni previste dal legislatore all'art. 158 CPC per ottenere l'amministrazione anticipata di un mezzo di prova.

Una soluzione immaginabile per palliare a tale problematica dei costi, credo 802 potrebbe essere - laddove si tratta di assumere una perizia in via cautelare¹³²³ per valutare le prospettive processuali in un'eventuale causa di merito - quella di ricorrere, d'accordo le parti ed il giudice, ad una mera perizia sommaria, la quale potrebbe essere sufficiente per lo scopo ricercato dall'istante. Ciò permette, infatti, un importante contenimento di costi e tempistiche, pur offrendo al richiedente una sufficiente base per valutare l'opportunità di procedere all'introduzione della causa di merito, rispettivamente di difendersi ad oltranza nella medesima.

Per quanto attiene agli aspetti procedurali, appare lecito rilevare come la scelta 803 del legislatore federale di rinviare, all'art. 158 cpv. 2 CPC, alle norme in materia di provvedimenti cautelari, non sia risultata particolarmente felice. Un rinvio così generico ha, infatti, aperto il campo ad una serie di incertezze procedurali, le quali sono tuttavia in larga misura ormai state superate dalla ricca giurisprudenza disponibile, tra cui anche alcune decisioni del Tribunale federale.

Resta invece più problematica la questione delle impugnazioni di decisioni in 804 materia di assunzione di prove a titolo cautelare. Le soluzioni proposte da dottrina e giurisprudenza, come si è visto, sono ad oggi ancora difformi ed in ogni caso sono state soggette a mutamenti nel tempo. In tale ambito, un definitivo chiarimento, non da ultimo per garantire uniformità nell'applicazione del CPC, sarebbe certamente benvenuto. Attualmente le prassi cantonali sono, infatti, ancora in parte difformi e sarebbe dunque opportuno che l'Alta Corte abbia a chinarsi sulla questione una volta per tutte, ad oggi le sentenze che trattavano della questione risultando poco chiare ed in alcuni casi finanche contraddittorie tra loro.

Riassumendo tutto quanto esposto e volendo tracciare un bilancio a conclusione 805 del presente studio, ritengo si possa considerare la nuova portata, di quella che in precedenza era largamente conosciuta quale mera prova a futura memoria, certamente interessante e ricca di potenzialità. D'altro canto, il successo riscontrato dal nuovo strumento in questi primi anni di esperienza dall'entrata in vigore del nuovo CPC - di cui la ricca giurisprudenza è lo specchio¹³²⁴ - lo sta a dimostrare. Resta da valutare se - a seguito della conferma da parte del Tribunale federale del principio per cui i costi di una procedura di assunzione di prove a titolo cautelare sono di principio integralmente a carico dell'istante, fatta salva una rifusione in separata sede - il ricorso a tale strumento si manterrà sugli

¹³²³ Mezzo di prova, per la cui assunzione, spesso l'istante deve fare fronte ad un importante impegno economico.

¹³²⁴ Dall'entrata in vigore del CPC unificato il TF ha avuto modo di confrontarsi a diverse riprese con questioni rilevanti dell'applicazione dell'art. 158 CPC: per un riassunto esemplificativo cfr.: WAGNER/DECKE, *Rechtsprechung des BGer zur vorsorglichen Beweisführung*, pagg. 269 segg.

attuali livelli o se le parti sceglieranno vie alternative, comportanti un impegno economico minore.

- 806 Sia quel che sia, mi sembra da ultimo importante ricordare come l'assunzione di prove a titolo cautelare non sia in ogni caso uno strumento infallibile di evitazione dei conflitti o di semplificazione dei medesimi. Anzi, come largamente indicato, tale strumento risulterà in alcuni casi finanche inidoneo allo scopo ricercato dalla parte interessata. Per tacere poi che il medesimo, ove non raggiunga lo scopo mirato, ha pure insito un potenziale decelerante, dilatando il contenzioso in due distinte procedure, ciò che potrebbe in alcuni casi pure complicare ed acuire il conflitto tra le parti. Un'attenta ponderazione delle varie possibilità alternative offerte dal diritto materiale e da quello processuale è dunque più che consigliabile.

Indice per voce

(I numeri si riferiscono alle pagine)

A

Accertamento della verità: 162

Accesso alla giustizia: 117; 205

Accordo processuale: 48, 136

Accordo transattivo: 10, 97, 145, 245

Actio ad exhibendum: 94, 164

Adeguatezza

(della misura cautelare): 96

Allegazione circostanziata: 72

Allegazione semplice: 75

Alternative all'assenza di sanzioni: 159

Ampiezza probatoria: 46, 55, 76, 137

Amtliche Zustellung von

Erklärungen: 30

Amtlicher Befund: 13

- Rapporto con l'assunzione di prove a titolo cautelare: 14

Anonimizzazione di documenti: 152

Anticipo delle spese processuali: 186

Appello: 221, 223, 225, 242

Applicazione d'ufficio del diritto: 47, 136

Apprezzamento delle prove: 99, 153, 257

- Apprezzamento anticipato: 154

- Apprezzamento posticipato con effetto anticipato: 155

- Perizia cautelare: 262

- Perizia giudiziaria: 261

- Prova cautelare: 257

- Prove contraddittorie: 258

Arbitratore (perito): *Vedi* Perizia di un arbitratore

Arbitrio: 231

Aspetti giuridici: 47, 172, 176

Aspetti internazionali: 102, 104, 112

Aspetti procedurali: 101

Assicurazione delle prove: 95

Assistenza giudiziaria internazionale: 180

Assistenza giudiziaria tra tribunali (svizzeri): 178

Assunzione cautelare di prove ulteriori: 65

Assunzione di prove a titolo cautelare:

- Definizione: 5

- Denominazione: 6

- Scopo: 7

Assunzione di prove al dibattimento: 3

Assunzione di prove all'estero: 180

Assunzione di prove all'udienza istruttoria: 4, 97

Assunzione di prove fuori cantone: 178

Assunzione probatoria extraterritoriale: 181

Audizione testimoniale: 167

Ausforschungsbeweis: 24, 26, 29, 74, 82, 164

Ausiliario tecnico (perito): 136, 227

Autorizzazione della legge: 38

- Contratto di commissione: 41

- Contratto di compravendita: 39

- Contratto di lavoro: 40

- Contratto di trasporto: 41

- Diritto societario: 42

- Proprietà intellettuale: 43

- Verifica dell'opera: 44

Avamprogetto CPC: 30

Azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso: 94
 - Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare: 94
Azione di accertamento negativo: 192, 198
 - Interesse: 70
Azione non cifrata: *Vedi* Azione creditoria senza quantificazione del valore litigioso
Azione parziale: 92
 - Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare: 93
Azione scalare (Stufenklage): 38, 94

B

Base contrattuale: 47
Beweis zum ewigen Gedächtnis: 7
Beweissicherung: 7

C

Carenze della prova (peritale): 63
Carico dei tribunali: 9, 66
Causa senza valore pecuniario: 113
Cautelare intermedia: *Vedi* Provvedimento *inter partes*
Cauzione per le spese ripetibili: 144, 198
CEDU: 123
Celerità: 179, 180
Certificati medici: 58
Chances di successo: *Vedi* Prospettive processuali
Chiamata in causa: 130
Citazione all'estero (del teste): 181
CLA 70: 180
Collezione di dati: 89
Commercio del bestiame: 39
Compensazione: 130
Competenza materiale: 111
 - Cumulo oggettivo: 121
Competenza per valore: 111
Competenza territoriale:
 - Convenzione di Lugano: 106
 - In diritto interno: 102

- LDIP: 104
 - Provvedimenti supercautelari internazionali: 109
Completamento peritale: 176
 - Forma orale: 177
Completazione delle risultanze probatorie (nel merito): 255
 - Assunzione di nuove prove: 255
 - Estensione del tema probatorio: 256
Complicazione del processo: 12, 68
Comportamento processuale (delle parti): 260
Concentrazione del processo: 97
Condizioni generali: 47
Consulente (perito): 40, 43, 45
Consultazione degli atti (limitazione): 152
Contratto di appalto: 44
Contratto di commissione: 41
Contratto di compravendita: 39
Contratto di lavoro: 40
Contratto di trasporto: 41
Contro istanza: 125, 200
 - Interesse degno di protezione: 126
 - Proponibilità: 125
Controdomande: *Vedi* Domande complete
Controllo speciale dell'azionista: 42
Controprova (in via cautelare): 71
Controquesiti peritali: *Vedi* Domande complete
Convalida della misura cautelare: 141
Convenzione di Lugano: 106
Convincimento del giudice: 258
Corresponsabilità: 77
Cumulo di azioni: 119

D

Decelerazione del processo: 9, 12, 68, 179
Decisione contestuale al merito: 219
Decisione di completamento e/o delucidazione peritale: 177
 - Impugnazione: 240
Decisione finale: 214, 220

- Decisione finale (LTF):** 230
Decisione incidentale: 215, 217, 219, 221
Decisione incidentale o pregiudiziale (LTF): 232, 235, 240
Decisione negativa indipendente: 214
Decisione ordinatoria processuale: 215, 218, 219, 241
- Impugnazione: 239
Decisione positiva indipendente: 215
Decisione sui quesiti peritali: 176
- Impugnazione: 239
Deconcentrazione del processo: 97
Deficit d'informazioni: 45, 58, 77, 85, 89, 91, 92, 100
Deficit probatorio: 45, 58, 77, 85, 89, 92, 100
Delucidazione peritale: 176
- Forma orale: 177
Denuncia di lite: 131
Deposizione di parte: 168
Designazione per categoria (di documenti): 83
Desistenza: 195, 198
Difesa da una pretesa di merito: 69
Difetti dell'opera: 44
Difficoltà nell'assunzione della prova: 8, 52
Diritti costituzionali (violazione): 230, 240
Diritti d'informazione: 38, 88, 165
- Rapporto con l'assunzione di prove a titolo cautelare: 88
Diritto al rendiconto: 38
Diritto alla prova: 86
Diritto austriaco: 25
- *Befundaufnahme*: 26
- *Sicherung von Beweisen*: 25
Diritto di accesso alla giustizia: *Vedi* Accesso alla giustizia
Diritto di essere sentito: 86, 121, 135, 138, 150, 203, 249
- Osservazioni del convenuto: 122
- Udienza di discussione: 124
Diritto di rifiuto: 155
- Assoluto: 161
- Dei terzi: 161
- Delle parti: 156
- Legittimo: 157, 161
- Relativo: 162
Diritto francese: 22
- *Mesures in futurum*: 22
- *Référé*: 23
- *Requête*: 23
Diritto italiano: 21
- Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite: 22
- Istruzione preventiva: 21
- Periculum in mora: 21
Diritto societario: 42
Diritto soggettivo di natura materiale: 193
Diritto soggettivo di natura processuale: 193
Diritto tedesco: 24
Disciplina del processo: 160
Disclosure-duties: *Vedi* Pre-trial discovery
Disgiunzione:
- Cumulo oggettivo: 120
- Domanda riconvenzionale: 129
Disposizione ordinatoria processuale: *Vedi* Decisione ordinatoria processuale
Documenti interni (alla banca): 166
Domanda riconvenzionale: 125, 128
Domande ai testi: 167
Domande alle parti: 170
Domande complete: 126, 167, 171, 176, 187, 200, 201
Domande peritali: 175
- E**
- Eccezione di compensazione:** *Vedi* Compensazione
Economia processuale: 9, 52, 54, 66, 67, 115, 120, 129, 147, 252
Edizione documenti: 82, 164
- Dalla controparte: 164
Effetto anticipatorio: 88, 91, 166

Effetto devolutivo: 226
Effetto extraterritoriale: 109
Effetto sorpresa: 150
Effetto sospensivo: 222, 223, 225, 226
Elenco dei mezzi di prova: 119
Esposizione a pericolo (della prova): 48
 - Causa: 51
Estensione del tema probatorio: 168, 176, 187, 200, 201
Evitazione dei processi inutili: *Vedi* Riduzione dei processi inutili
Evoluzione storica: 16

F

Facoltatività (dell'intervento del giudice): 4, 68, 97
Fase allegatoria: 3, 6
Fase istruttoria: 3, 6
Fishing expedition: *Vedi* *Ausforschungsbeweis*
Fonte oggettiva di prova (perizia): 172
Forma della domanda: 118
 - Allegati: 119
 - Forma orale: 118
 - Forma scritta: 118
Forma orale della perizia: 177
Foro imperativo: 103
Forza di cosa giudicata provvisoria: 228
Fremdgutachten: 61
Fumus boni iuris: 72, 80, 96

G

Garanzia: 143
Genuinità (dell'assunzione probatoria): 171
Grado della prova: 78
Gratuità (della procedura): *Vedi* Procedure gratuite
Gratuito patrocinio: 205
 - Probabilità di successo: 210

I

Identità di procedura: *Vedi* Medesima procedura
Imminenza della causa di merito: 54
Imperatività (dei presupposti materiali): 48
Imposizione di diritti soggettivi: 129, 193
Impugnazione della decisione sulle spese giudiziarie: 236
 - Al Tribunale federale: 238
 - In seconda istanza: 238
Impugnazione in procedura contestuale al merito: 224
Impugnazione in procedura indipendente:
 - Domanda accolta: 222
 - Domanda respinta: 221
Inadeguatezza e incapacità del perito: 252
Incertezza sull'avvio della causa: 81
Indennità d'inconvenienza: 183
Indipendenza rispetto al processo di merito: 5, 54
Informant: *Vedi* Consulente (perito)
Informazione sulle spese giudiziarie: 189
Informazioni scritte: 164
Inidoneità probatoria: 173
Interesse degno di protezione: 56
 - Del convenuto: 126
Interesse fattuale: 56
Interesse giuridico: 56
Interesse pubblico: 152
Interesse riverberato: 127
Interpello: 115
Interrogatorio di parte: 168
Intervento adesivo: 130
Intervento cautelare in secondo grado: 226
Ispezione oculare: 163
Istanza: 118
Istanza cantonale unica: 111, 236

Istanza di conciliazione:
- Onere di allegazione: 75
Iura novit curia: *Vedi* Applicazione
d'ufficio del diritto

L

Lacuna della legge: 159
LDIP: 104, 112
**Libero apprezzamento
(delle prove):** *Vedi* Apprezzamento
delle prove
**Limitazione dei mezzi
di prova:** 132
- Prova documentale: 132
**Limitazione dei motivi
di ricorso:** 230, 233, 234, 235, 239,
240
**Limitazione del diritto
alla prova:** 152
Litispendenza: 75, 145
**Luogo di esecuzione
della misura:** 103

M

**Mancato coinvolgimento
(del convenuto):** 249
**Manifesta infondatezza o
inammissibilità:** 122
Massima attinatoria: 133
- Onere di allegazione: 133
- Onere di contestazione: 134
Massima dispositiva: 134
- Vincolatività della domanda: 134
Medesima procedura: 120, 128
**Messa in discussione
delle prove:** 62, 64
Mezzi di prova: 163
**Mezzo di prova esposto
a pericolo:** 8
Mezzo di prova inutile: 154
**Misure d'esecuzione
(della misura cautelare):** 96, 110,
159
Modifica del mezzo di prova: 49
**Modifica della fattispecie
oggetto di prova:** 50

**Modulazione dell'assunzione
probatoria:** 135, 151, 153, 249
Momento della domanda: 33
- Interesse degno di protezione: 35
- Verifica dell'opera: 47

N

Nachsorgliche Beweisführung: 34
Natura della decisione: 213
Necessità di tutela provvisoria:
Vedi Rechtsschutzziel
Nomina del perito: *Vedi* Perito

O

Obbligo di convalida: *Vedi*
Convalida della misura cautelare
Obbligo di cooperazione: 155
- Dei minori: 162
- Dei terzi: 160
- Delle parti: 156, 260
Oggetto litigioso: 36, 125
- Procedura di conciliazione: 75
- Riduzione: 68
Onere di allegazione: 53, 73, 74, 82,
118
Ordinanza sulle prove: 219
Osservazioni del convenuto: 122
- Forma e contenuto: 123

P

**Partecipazione all'assunzione
delle prove:** 139, 150, 249
Patto d'arbitrato:
- In applicazione della LDIP: 112
- In diritto interno: 112
Perdita di un diritto: 206, 208, 209
Perenzione: 147
Perito: 252
- Cautelare: 252
- Del merito: 252
- Generalista o specialista: 252
- Sommario: 253
Perizia a futura memoria: *Vedi*
Perizia giudiziaria
Perizia di parte: 61, 172
- Comune: 61

- Perizia di un arbitratore:** 48, 98
 - Relazione con l'assunzione di prove a titolo cautelare: 99
- Perizia giudiziaria:** 171, 250
 - Apprezzamento: 261
- Perizia sommaria:** 173
 - Riassunzione: 253
- Pertinenza del mezzo di prova:** 53, 76
- Possibilità di esito favorevole:** *Vedi*
 Prospettive processuali
- Potere di apprezzamento del giudice:** 4, 162, 185, 188
- Preclusione del convenuto:** 122, 124
- Pregiudizio difficilmente riparabile:** 96, 139, 223, 224, 226, 227, 239, 241
- Pregiudizio irreparabile:** 232, 235, 240
- Prescrizione:** 147
- Presupposti materiali:** 33
- Presupposti processuali:** 33, 56
- Pretesa di diritto materiale:** 71
- Pretesa divisibile:** 92
- Pre-trial discovery:** 27
 - *Protective order:* 27
 - *Trial:* 27
- Preuve à futur:** 7
- Principio dell'equità:** 185
- Principio di equivalenza:** 116
- Principio di soccombenza:** *Vedi*
 Soccombenza
- Principio d'immediatezza:** 247
- Probabilità di successo (gratuito patrocinio):** 210
- Probatio ad perpetuam rei memoriam:** 7, 16
- Procedura di consultazione:** 30
- Procedura scritta:** 123
- Procedura sommaria:** 118
- Procedure civili cantonali:** 16
 - Canton Basilea Campagna: 18
 - Canton Basilea Città: 18
 - Canton Berna: 17, 19
 - Canton Friburgo: 18
 - Canton Giura: 18
 - Canton San Gallo: 18
 - Canton Ticino: 18
 - Canton Vaud: 18
- Procedure gratuite:** 186, 189
- Processo informativo (materiale):**
Vedi Diritti d'informazione
- Processo test:** 92
- Procura:** 119
- Profilo del perito:** *Vedi* Perito
- Progetto CPC:** 31
- Proporzionalità:** 96
- Proprietà intellettuale:** 43
 - Descrizione esatta (LBI): 44
 - Misure cautelari: 43
- Proroga di foro:** 104
- Prospettive processuali:** 57, 62, 66, 96, 100
- Protezione dei dati:** 89
- Protezione del minore:** 152
- Protezione della personalità:** 152
- Protezione della salute:** 152
- Protezione della sfera privata:** 152
- Prova a futura memoria:** 6
 - Canton Ticino: 18
- Prova documentale:** 132
 - Importazione nel processo: 132
- Prova inquisitoria:** *Vedi*
Ausforschungsbeweis
- Prove contraddittorie:** 258
- Provvedimenti ad personam:** 110
- Provvedimenti cautelari:** 95
- Provvedimenti cautelari (disposizioni in materia):** 101
- Provvedimenti secondari:** *Vedi*
Nachsorgliche Beweisführung
- Provvedimenti superprovvisionali:** 138, 150
 - Coinvolgimento successivo (del convenuto): 140, 150
- Provvedimento anticipatorio:** *Vedi*
 Effetto anticipatorio
- Provvedimento ex parte:** 138
- Provvedimento inter partes:** 138
- Pubblicità delle udienze (limitazione):** 152

Q**Qualifica della decisione:** *Vedi*

Natura della decisione

Qualità della prova: 259**Qualità probatoria:** 49**Quesiti peritali:** *Vedi* Domande peritali**Questioni di diritto:** *Vedi* Aspetti giuridici**R****Rapporto del perito comunale degli immobili locativi:** 14

- Rapporto con l'assunzione di prove a titolo cautelare: 14

Rappresentanza: 119**Rechtsgrundlage:** 193**Rechtsschutzziel:** 134, 229**Reclamo:** 222, 224, 238, 239, 241, 242**Replica spontanea:** 123**Responsabilità del proprietario:** 57**Riassunzione cautelare di prove:** 62

- Prova testimoniale: 63

Riassunzione della perizia giudiziaria (nel merito): 250**Riassunzione delle prove (nel merito):** 246

- Causa di merito pendente: 248

- Condizioni: 247

Riassunzione delle prove impossibile (nel merito): 253

- Convenuto coinvolto in via cautelare: 254

- Convenuto non coinvolto in via cautelare: 254

Riconoscimento (della decisione): 108, 109**Ricordi del teste (assottigliamento):** 51**Ricorso al Tribunale federale:** 229**Ricorso in materia civile:** 230, 232, 238, 240, 241, 242**Ricorso sussidiario in materia costituzionale:** 230, 232, 238, 240, 241, 242**Ricusazione del perito:** 252**Riduzione dei processi inutili:** 65

- Accordo transattivo: 66, 69

- Acquiescenza: 35, 66, 69

- Desistenza: 35, 66

Riduzione del valore probatorio: 50**Rimessione a giudizio (del convenuto):** 204**Rinvio ai provvedimenti cautelari:** 101**Rinvio del giudizio (spese giudiziarie):** 188, 195**Ripartizione delle spese in equità:** 184**Rogatoria:** 52, 179**S****Sanzioni in caso di rifiuto indebito di collaborare:**

- Dei terzi: 160

- Delle parti: 157, 260

Schema riassuntivo (impugnativo): 241**Schema riassuntivo (spese giudiziarie):** 199**Scomparsa del mezzo di prova:** 49**Secondo scambio di scritti:** 122**Segreti commerciali e d'affari:** 152**Semplice denuncia di lite:** *Vedi* Denuncia di lite**Semplificazione del processo:** 11, 67, 97, 246**Silenzio qualificato:** 159, 169**Simbiosi con il procedimento di merito:** 5, 54**Soccombenza:** 184, 190, 193, 203**Società in accomandita:** 42**Solidarietà:** 77**Sovranità territoriale:** 181**Spese giudiziarie:** 183**Spese giudiziarie (cautelari):** 187**Spese giudiziarie della delucidazione e/o****completamento peritale:** 202**Spese giudiziarie in caso di domande complete:** 200

Spese giudiziarie in caso di estensione del tema probatorio: 200

Spese giudiziarie in seconda istanza: 203

Spese giudiziarie in terza istanza: 203

Spese giudiziarie inutili: 185, 195

Spese processuali: 183

- Domanda accolta: 191

- Domanda respinta: 190

- Impatto del valore litigioso: 115

- Principio di equivalenza: 116

Spese ripetibili: 183

- Domanda accolta: 196

- Domanda respinta: 196

Stato di fatto contestato: 72

Strumenti di semplificazione (del processo): 67, 97

Stufenklage: *Vedi* Azione scalare

Superperizia: 262

Svolgimento e organizzazione del processo: 218, 224, 240

T

Tariffari cantonali: 117, 183, 189

Teilklage: *Vedi* Azione parziale

Tematica probatoria: 46, 55, 76, 137

- Ampliamento: *Vedi* Estensione del tema probatorio

Temerarietà e malafede: 186, 189

Termine di perenzione: *Vedi*

Perenzione

Termine di prescrizione: *Vedi*

Prescrizione

Termine d'impugnazione: 222, 223, 225, 238, 239

Termine per le osservazioni: 122

Termine suppletorio: 122

Terzi nella procedura: 130

Testimonianza: *Vedi* Audizione testimoniale

Transazione extragiudiziaria: 145

Transazione giudiziaria: 145, 146

Tribunale federale dei brevetti: 111, 236

Tutela d'interessi

degni di protezione: 79, 152

- Interessi pubblici e privati: 152

- Segreti commerciali e d'affari: 152

U

Udienza di discussione: 124

Udienza istruttoria: 4, 97

Urgenza: 96, 105, 107, 138, 150, 180

Utilizzo delle prove cautelari (nel merito): 246

V

Valore litigioso: 113

- Allegazioni insufficienti: 114

- Impatto sulle spese processuali: 115

Valore litigioso provvisorio: 94

Valore pecuniario: 113

Valore probatorio:

- Certificato medico: 60

- *Fremdgutachten*: 62

- Perizia di parte: 61

- Verifica dell'opera: 45

Vendita a distanza: 39

Verosimiglianza: 60, 78

Vertrauensmann: *Vedi* Consulente (perito)

Vorsorgliche Beweisabnahme: 7

Vorsorgliche Beweisführung: 7

- Canton Berna: 19