

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 117

Matteo Salvadè

**Assunzione di prove a titolo
cautelare in base al Codice
di diritto processuale civile
svizzero (CPC)**

Schulthess § 2017

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. <i>L’ 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 e 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 amministrate	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 completeive	200
2. Tema probatorio esteso	200
3. Problematiche di distinzione tra domande completeive 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 c/o completamento peritale	239
1.	In generale.....	239
2.	Decisione di delucidazione c/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