

## I RÉFÉRÉS NELL'ORDINAMENTO FRANCESE

Giovanni Bonato

### 1. Introduzione.

Considerato una delle «componenti essenziali» del sistema processuale francese<sup>1</sup>, l'istituto del *référé* ha conosciuto un notevole sviluppo negli ultimi anni<sup>2</sup>, al punto da diventare – secondo alcuni autori – «il volto più familiare della giustizia»<sup>3</sup>.

La moderna dottrina francese ha definito l'istituto in esame come: «un dispositivo giudiziario che permette un esame rapido, perfino immediato, della lite», una «procedura specifica, appli-

<sup>1</sup> Così LEFEUVRE, *Le référé en droit des sociétés*, Aix-en-provence, 2006, 13.

<sup>2</sup> Lo notava già PERROT, *L'évolution du référé*, in *Mélanges Hébraud*, Toulouse, 1981, 645 ss., all'inizio degli anni '80, che parlava di una «*irrésistible ascension*» del *référé*; considerazioni ribadite recentemente anche in ID., *Institutions judiciaires*, 14<sup>a</sup> ed., Paris, 2010, 100.

<sup>3</sup> In questi termini STRICKLER, *Référés*, in *Dictionnaire de la justice*, a cura di Cadiet, Paris, 2004, 1127 ss. In senso analogo FRISON ROCHE, *Les offices du juge*, in *Mélanges Foyer*, Paris, 1997, 463, secondo cui «il giudice dei *référés* tende a diventare un giudice ordinario, o piuttosto il modello di giudice ordinario».

cabile davanti ad ogni genere di organo giurisdizionale, che emana una specie di decisione di giustizia»<sup>4</sup>; uno strumento che, in altre parole, permette di «ottenere, con una procedura semplice e rapida, dal presidente del tribunale, delle decisioni, senza dubbio provvisorie, ma di un'importanza a volte notevole, che possono restare in pratica definitive»<sup>5</sup>. Oltre a designare un tipo di procedimento giurisdizionale – dotato di un regime autonomo – il termine *référé* viene anche utilizzato per indicare un organo giurisdizionale, il giudice dei *référés*, considerato un organo autonomo rispetto al giudice di merito<sup>6</sup>.

Deve essere sottolineato fin d'ora che «oggi non esiste più un unico *référé*, ma una pluralità di *référés*»<sup>7</sup>, infatti a fronte di un procedimento unitario ritroviamo diverse figure di *référés*, disciplinate sia nel *Code de procédure civile*<sup>8</sup> che in altri codici o leggi speciali francesi, tra loro differenti<sup>9</sup>. Sotto il generico ter-

<sup>4</sup> Così CAYROL, *Référé civil*, in *Répertoire procédure civile* Dalloz, Paris, 2006, 5.

<sup>5</sup> Così GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, 29<sup>a</sup> ed., Paris, 2008, 310. Sul punto si veda anche COUCHEZ, *Procédure civile*, 15<sup>a</sup> ed., Paris, 2008, 53, secondo cui il *référé* «est une procédure spéciale, souvent (mais pas nécessairement) imposée par l'urgence». Tra gli autori italiani che si sono occupati dell'istituto del *référé* segnaliamo: CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, 34 ss.; Id., *I nuovi riti speciali societari fra «decodificazione» e «sommarrizzazione»*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi e Carratta, Torino, 2005, 67 ss., spec. 95 ss.; DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario: la logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato*, in *ivi*, 283 ss., spec. 357 ss.; SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005; JOMMI, *Il référé provision*, Torino, 2005; BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pre-giudizio e tutela urgente senza pre-giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 514 ss.; D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte prima)*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 875 ss.; Id., *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte seconda)*, in *ivi*, 2008, 253 ss.; TISCINI, *I provvedimenti senza accertamento*, Torino, 2009.

<sup>6</sup> Così ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 1998, 9, ricorda che il termine *référé* «désigne à la fois une procédure et une juridiction». Sull'autonomia del *référé* si veda CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Paris, 2007, 224.

<sup>7</sup> Così HÉRON, *Droit judiciaire privé*, 4<sup>a</sup> ed., riveduta da LE BARS, Paris, 2010, 322.

<sup>8</sup> La legge n. 2007-1787 del 20 dicembre 2007 ha abrogato tutte le residuali disposizioni del *Code de procédure civile* del 1806, conseguentemente il *Nouveau code de procédure civile* del 1975 ha preso ufficialmente il nome di *Code de procédure civile*.

<sup>9</sup> Aspetto messo in luce, tra gli altri, da MELIN SOUCRAMIEN, *Le juge des référés et*

mine *référé* vanno ricomprese, quindi, tutte le varie tipologie di *référés* che vengono accomunate in base alla presenza di alcuni tratti fondamentali, descritti dall'art. 484 del CPC francese, il quale definisce la relativa ordinanza come «una decisione provvisoria emanata su domanda di una parte, l'altra comparsa o citata, nei casi in cui la legge conferisce ad un giudice, che non è investito del merito, il potere di ordinare immediatamente le misure necessarie»<sup>10</sup>. Nella citata disposizione sono contenuti gli elementi caratterizzanti ogni tipo di *référé*, quali: la preventiva instaurazione del contraddittorio; la rapidità-celerità e semplicità del procedimento; l'efficacia provvisoria del provvedimento<sup>11</sup>. Al contrario, l'urgenza non rientra più nelle caratteristiche generali dell'istituto in esame, non essendo più attualmente richiesta per alcune forme speciali di *référé*, le quali restano, pur sempre, legate all'esigenza della celerità<sup>12</sup> e in cui l'urgenza rimane, in alcuni casi, «soggiacente»<sup>13</sup>. A tal proposito si è parlato di un vero e proprio «*déclin de la condition de l'urgence dans la mise en œuvre de la protection provisoire*»<sup>14</sup>. In un sistema, quale quello francese, che non prevede la provvisoria esecutorietà delle sentenze di primo grado, la semplicità e la rapidità di una procedura che sfocia in una decisione immediatamente esecutiva sono i principali fattori del successo dell'istituto del *référé*<sup>15</sup>.

Dopo aver esposto brevemente l'evoluzione normativa del

*le contrat*, Aix-en-Provence, 2000, 30-31, e TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 238, nt. 11.

<sup>10</sup> Questa la versione originale dell'art. 484 CPC: «*L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal, le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires*».

<sup>11</sup> ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, cit., 9; HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 320.

<sup>12</sup> Sulla celerità come elemento caratteristico dei *référé* si vedano: NORMAND, *Les facteurs d'accélération de la procédure civile*, in *Mélanges Draï*, Paris, 2000, 427 ss., spec. 428-429; AMRANI MEKKY, *Le temps et le procès civil*, Paris, 2002, 463; CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, 2006, *passim*.

<sup>13</sup> ESTOUP, *La pratique de procédures rapides*, cit., 10.

<sup>14</sup> CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 500.

<sup>15</sup> Lo nota HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 320.

*référé*, tratteremo dell'istituto in generale, soffermandoci sulla competenza, sul procedimento e sull'efficacia del provvedimento, distinguendo i «veri» *référés* da quelli «falsi», per poi passare ad analizzare brevemente i *référé* generali, previsti dal *Code de procédure civile*.

## 2 *L'evoluzione normativa dell'istituto del référé: dall'Editto del 1685 al Code de procédure civile del 1806; l'espansione dei référés.*

L'istituto ha origini risalenti e nel corso dei secoli si è «metamorfozzato»<sup>16</sup>. Ripercorriamo, quindi, le principali tappe della sua evoluzione.

La nascita ufficiale dell'istituto del *référé* viene fatta risalire all'Editto Reale del 22 gennaio del 1685, disciplinante la procedura dello *Châtelet* di Parigi, il cui art. 6 indicava in quali ipotesi tassative, caratterizzate da una situazione di urgenza, il giudice poteva emanare un provvedimento provvisorio, a conclusione di un procedimento rapido e deformalizzato, per ovviare al pericolo da tardività-intempestività della tutela giurisdizionale ordinaria<sup>17</sup>. I redattori dell'abrogato codice di procedura civile del 1806 decisero di allargare l'applicabilità territoriale del *référé* a tutta la Francia, attribuendo ad ogni presidente di un tribunale civile il potere di emanare la relativa ordinanza. Ciò nonostante, durante il XIX secolo l'utilizzazione del *référé* fu essenzialmente limitata al distretto di Parigi<sup>18</sup>, il cui ambito di applicazione era, d'altra parte, alquanto ridotto, restando circoscritto alla sola materia civile, con esclusione, pertanto, di quella commerciale<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> PERROT, *L'évolution du référé*, cit., 647.

<sup>17</sup> Sul punto MEIJERS, *Le développement des ordonnances sur référé en France*, in *Rev. hist. de droit français et étranger*, 1948, 266 ss. e BALLU, *Les référés du lieutenant civil du Châtelet*, in *Bull. avoués*, 1997, n. 1, 14 ss.

<sup>18</sup> Come ricordato sul punto da CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, cit., 226, anche in nota.

<sup>19</sup> Secondo PERROT, *L'évolution des référés*, cit., 648, il presidente del *tribunal civil* era l'unico che all'epoca presentava le garanzie necessarie per concedere un prov-

Nonostante le disposizioni disciplinanti il *référé*, di cui agli artt. 806-812 del codice del 1806, fossero brevi e stringate, l'istituto – inizialmente concepito come un procedimento speciale, eccezionale e derogatorio<sup>20</sup> – si sviluppò nella pratica in maniera notevole grazie al lavoro di alcuni magistrati.

Come si evinceva dalla formulazione dell'art. 806 del codice di rito del 1806<sup>21</sup>, il *référé* era fondato sull'urgenza, ossia sull'esigenza di tutelare le posizioni giuridiche soggettive dal pericolo del ritardo dell'intervento giurisdizionale in via ordinaria; urgenza che condizionava la struttura e le regole del procedimento, per garantire la rapidità del suo svolgimento<sup>22</sup>. Il legislatore dell'epoca aveva, al proposito, scelto di abbandonare la tecnica della tipizzazione, non avendo predeterminato normativamente le ipotesi in presenza delle quali si poteva emanare un'ordinanza di *référé*. All'interno dell'art. 806 figurava, infatti, come unica condizione per la concessione del provvedimento la clausola generale dell'urgenza, da cui derivava una certa discrezionalità del presidente del tribunale civile nella scelta della concessione della misura e del suo contenuto. In pratica, si era deciso di attribuire al giudice un potere cautelare di tipo atipico e generale<sup>23</sup>. È noto,

vedimento di *référé*, in quanto era «colui che, in ogni caso, disponeva di autorità morale sufficiente per imporre la sua soluzione».

<sup>20</sup> In tal senso PERROT, *L'évolution des référés*, cit., 647; GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 310, ricordano che il codice francese abrogato dedicava alla procedura di *référé* solo qualche breve articolo, in quanto «*ses rédacteurs ne se doutaient pas de l'importance qu'allait prendre l'institution dans le droit moderne*».

<sup>21</sup> L'art. 806 del codice abrogato stabiliva, in particolare, che il giudice poteva emanare delle misure di *référés*: «*dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement*».

<sup>22</sup> In questo senso J. VUITTON - X. VUITTON, *Les référés*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 2006, 2, i quali ricordano che «*le référé est donc né du besoin d'obtenir une solution judiciaire en cas d'urgence, ce à quoi les juges du fond ne pouvait pas répondre compte tenu des lenteurs de la procédure ordinaire*»; CADIET, *Quelques remarques sur l'urgence en matière de droit judiciaire*, in *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales: regards croisés*, a cura di Ruiz-Fabri e Sorel, Paris, 2003, 195 ss.; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 38.

<sup>23</sup> Per queste considerazioni si vedano: CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 39, la quale ricorda che l'attribuzione al giudice di un potere generale

inversamente, come nel codice di procedura civile italiano del 1865 (pur essendo di ispirazione francese<sup>24</sup>) non venne conferito al giudice un potere cautelare generale e atipico<sup>25</sup>.

Il secondo tipo di *référé* – ugualmente disciplinato dall'art. 806 del codice abrogato – denominato *référé exécution*, era, appunto, diretto a statuire in via provvisoria sulle difficoltà sorte durante l'esecuzione forzata. In materia, giurisprudenza e dottrina ritenevano che l'urgenza non fosse richiesta, ma che fosse, comunque, da presumersi in quanto elemento connaturale agli incidenti del processo esecutivo<sup>26</sup>.

Oltre all'urgenza, l'altro elemento caratterizzante l'istituto del *référé* nel codice abrogato era l'efficacia provvisoria del provvedimento che risultava non solo dall'art. 806 (contenente la formula «*statuer provisoirement*»), ma anche dall'art. 809, secondo cui: «*Les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principal*»<sup>27</sup>. Un'ordinanza di *référé* non dettava, quindi, la disciplina definitiva e immutabile del rapporto giuridico dedotto in giudizio, poiché il contenuto del provvedimento non era vincolante per il giudice di merito, che le parti avevano la possibilità di adire successivamente senza limiti di tempo.

Nel corso del secolo precedente la competenza in materia di *référé* venne progressivamente estesa anche agli altri organi giurisdizionali dell'ordinamento francese. In questa direzione, la

e atipico e l'ampiezza della scelta della misura cautelare da emanare fu il segno della fiducia che il legislatore dell'epoca aveva riposto nei giudici; in senso analogo LEFEU-VRE, *Le référé*, cit., 208, e SILVESTRI, *Il référé*, cit., 223.

<sup>24</sup> Sull'influenza del codice napoleonico sul codice di procedura civile del Regno d'Italia si rinvia a PICARDI, *Il bicentenario del codice di procedura civile in Italia origine, evoluzione e crisi del monopolio statale della procedura*, in *Studi Acone*, I, Napoli, 2010, 185 ss., spec. 188. Per un ridimensionamento dell'influenza francese sul codice di rito italiano si veda CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 43.

<sup>25</sup> Aspetto messo in rilievo da BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1997, 73 ss., spec. 79. Sottolinea la «mancata ricezione» nel codice di rito italiano del 1865 del *référé* francese anche SILVESTRI, *Il référé*, cit., 296.

<sup>26</sup> Così MARTIN, *Le référé, théâtre de l'apparence*, in *D., chron.*, 1979, 158, nt. 1, nonché J. VUITTON - X. VUITTON, *Les référés*, cit., 2.

<sup>27</sup> Per la portata del richiamato divieto si veda SILVESTRI, *Il référé*, cit., 65 ss.

legge dell'11 marzo 1924, modificando l'art. 417 dell'abrogato codice di rito civile, introdusse il *référé commercial*, attribuendo il potere di emanare la relativa ordinanza al presidente del tribunale di commercio. Seguirono: l'instaurazione del *référé rural*, affidato alla competenza del presidente del *tribunal des baux ruraux*, con l'ordinanza del 4 dicembre 1944, successivamente modificata con la legge del 13 aprile 1946; la creazione del *référé administratif*, con l'ordinanza del 31 luglio 1945 e poi con la legge del 28 novembre 1955, successivamente modificata dalla legge del 30 giugno 2000 e dal decreto del 22 novembre 2000. Ulteriore ampliamento dell'ambito di applicazione del *référé* avvenne con il decreto n. 71-740 del 9 settembre del 1971 che attribuì al presidente del *tribunal de grande instance* un potere di tipo residuale in materia di *référé*, ossia quello di concedere la relativa ordinanza in tutte le materie in cui non era prevista espressamente una procedura di *référé*. L'estensione del *référé* agli altri organi giurisdizionali venne completata attribuendo, dapprima, il potere di emanare l'ordinanza in questione al presidente della Corte d'appello (decreto n. 72-788 del 28 agosto 1972) e poi con l'introduzione del *référé prud'homal* (decreto n. 74-783 del 12 settembre 1974, successivamente modificato con decreto n. 79-1022 del 23 novembre 1979), davanti al *tribunal d'instance* (decreto n. 75-1123 del 5 dicembre 1975) e, infine, davanti al *tribunal de la sécurité sociale* (decreto n. 86-658 del 18 marzo 1986).

### 3. *Il référé nel Code de procédure civile del 1975: collocazione sistematica e natura dell'istituto.*

Concluso il breve panorama storico, veniamo al *Code de procédure civile* vigente, ove l'istituto del *référé* viene disciplinato – in via generale – dagli artt. 484-492, situati all'interno del primo libro del codice di rito, dedicato alle disposizioni generali comuni a tutti gli organi giurisdizionali. Il già richiamato art. 484 definisce l'ordinanza di *référé*, mentre gli artt. 485-492 contengono le regole generali dell'istituto, relative alla domanda, al procedimento, all'ordinanza e alla sua impugnabilità. Tali disposi-

zioni costituiscono «*une sorte de droit commun*» dei *référés*<sup>28</sup> e indicano i tratti fondamentali della «*procédure-type*» dell'istituto<sup>29</sup>. Nel secondo libro del codice di rito troviamo le varie condizioni cui viene subordinata la concessione delle diverse figure di *référés*: gli artt. 808-811 per il *tribunal de grande instance*; gli artt. 848-850 per il *tribunal d'instance*; gli artt. 872-873 per il *tribunal de commerce*; l'art. 879, che rinvia alle disposizioni dall'art. R. 1455-1 fino all'art. R. 1455-11 del *code du travail*; gli artt. 893- 896 per il *tribunal paritaire de baux ruraux*; gli artt. 956 e 957 per la corte d'appello. Mentre gli altri tipi di *référés* sono disciplinati in altri codici o in leggi speciali, come: agli artt. R. 142-21-1 del *code de la sécurité sociale* per il *référé* che si svolge davanti al *tribunal des affaires de la sécurité sociale*. Il *référé probatoire* è, invece, disciplinato nell'art. 145 CPC. Salve rarissime eccezioni – come per l'art. R. 142-21-1 del *code de la sécurité sociale* che è parzialmente diverso dall'art. 809 CPC – la formulazione dei citati articoli è identica e tratteremo, conseguentemente, dei *référés* senza distinguere i vari giudici che sono competenti in materia.

I due tratti essenziali del *référé*, inteso come categoria generale, sono rappresentati dalla sommarietà del procedimento e dall'inidoneità dell'ordinanza a dettare una disciplina definitiva del rapporto giuridico controverso (assenza di autorità di cosa giudicata «*au principal*»): «*toute procédure de référé sera sommaire et aboutira à une décision dotée de l'autorité de la chose jugée au provisoire*»<sup>30</sup>.

Volendo inquadrare l'istituto in esame all'interno delle categorie generali del diritto processuale civile francese, il *référé* è una procedura speciale o particolare – divergendo dal modello di processo di cognizione ordinario<sup>31</sup> – che rientra nell'ambito

<sup>28</sup> Così CADIEU - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>a</sup> ed., Paris, 2009, 447.

<sup>29</sup> Parla di *procédure-type* CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 525.

<sup>30</sup> Così CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 525.

<sup>31</sup> Sul punto si rinvia a CADIEU - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 446, i quali ricordano che si parla di «*procédures dites particulières parce qu'il leur manque un des éléments de la procédure contentieuse et contradictoire*».



delle c.d. «*procédure rapide*», cui appartengono anche la procedura dell'ordinanza *sur requête*, il procedimento ingiuntivo, la procedura a giorno fisso e la procedura abbreviata; «*procédures rapides*» che hanno come elemento comune quello di derogare al modello di processo ordinario e di concludersi con una decisione, di efficacia di tipo variabile, in modo più rapido, con meno costi e meno formalismo, rispetto a quanto accade nel processo ordinario<sup>32</sup>. In effetti, mentre l'ordinanza di *référé* e l'ordinanza *sur requête* hanno la sola autorità della cosa giudicata «*au provisoire*» (ossia un'efficacia provvisoria), la procedura ingiuntiva, quella a giorno fisso e quella abbreviata mettono capo ad una decisione con efficacia di giudicato «*au principal*», in grado di dettare incontrovertibilmente la disciplina del rapporto giuridico oggetto del provvedimento. All'interno delle richiamate procedure rapide il *référé* è considerato come la «procedura di diritto comune dell'urgenza»<sup>33</sup>.

#### 4. *La competenza in materia di référé.*

In seguito alle citate riforme, elaborate nel secolo scorso, un'ordinanza di *référé* può essere concessa dalla maggior parte degli organi giurisdizionali francesi. La competenza del giudice di *référé* viene ricalcata su quella del giudice di merito e, di regola, appartiene al presidente dell'ufficio giudiziario. Possono, quindi, concedere tali provvedimenti: il *tribunal de grande instance*, il *tribunal d'instance*, il *tribunal de commerce*, i *prud'hommes* e il *tribunal paritaire de baux ruraux*, il *tribunal des affaires de sécurité sociale* e la corte d'appello. Mentre non hanno poteri in materia di *référé*, la Corte di cassazione e il Consiglio Costituzionale<sup>34</sup>. Al presidente del *tribunal de grande instance* la legge conferisce una competenza di tipo residuale, in quanto l'art. 810

<sup>32</sup> Per questa ricostruzione si veda ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, cit., 4.

<sup>33</sup> Ancora ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, cit., 2. In tema anche CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, cit., 219 ss.

<sup>34</sup> Si veda CAYROL, *Référé civil*, cit., 11 ss.

stabilisce che i suoi poteri «*s'étendent à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé*», disposizione grazie alla quale nessuna materia sfugge alla procedura di *référé*.

Generalmente il sistema francese ammette una «*option générale de compétence entre les juridictions des référés et les juridictions du fond*»<sup>35</sup>, opzione facoltativa e di tipo cumulativo, in quanto possono essere instaurate parallelamente due procedure: una «*au fond*» (giudizio di merito) e una di *référé* sulla stessa causa, rispetto alle quali non sussiste litispendenza né connessione, data la diversa efficacia degli atti conclusivi delle rispettive procedure<sup>36</sup>. In forza della descritta opzione, è, quindi, pacificamente ammesso il c.d. «*référé en cours d'instance*», ossia la possibilità di concedere tale provvedimento nonostante la pendenza di un giudizio di merito<sup>37</sup>, salvo che sia stato designato un *juge de la mise en état* nel procedimento davanti al *tribunal de grande instance*, giudice al quale l'art. 771 CPC assegna la competenza esclusiva per emanare dei provvedimenti provvisori che, essendo pronunciati nel corso di un giudizio di merito, vengono denominati «*provvedimenti provvisori incidentali*» («*mesures provisoires incidentes*») <sup>38</sup>. La soluzione francese del «*référé en cours d'in-*

<sup>35</sup> Così CAYROL, *Référé civil*, cit., 12, e HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 321, il quale ricorda che l'instaurazione di due procedure parallele costituisce uno «schema normale»: l'attore formula una prima istanza per ottenere un provvedimento di *référé* per vedere risolta la lite in via provvisoria e, successivamente, propone domanda al giudice del merito per ottenere una decisione con attitudine al giudicato «*au principal*».

<sup>36</sup> Per l'esclusione della litispendenza e connessione tra giudizio di merito e procedimento di *référé* si vedano: RAYNAUD, *Note sous App. Rouen, 8 mars 1949*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, 97; NORMAND, *Note sous Cass. 17 mai 1982*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, 587-588; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 377 ss.

<sup>37</sup> Il «*référé en cours d'instance*» dapprima negato da Cass. req., 17 dicembre 1860, in *DP*, 1861, I, 299, venne poi ammesso da Cass. req., 8 marzo 1916, in *D.*, 1916, I, 73; più di recente si veda Cass., 11 maggio 1993, in *JCP*, 1994, II, n. 22275, con nota di LÉVY.

<sup>38</sup> Per questa terminologia CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 60, ricorda che tali provvedimenti provvisori incidentali «occupano un posto residuale nel diritto francese». Per i poteri e i provvedimenti del *juge de la mise en état* sia permesso di rinviare a BONATO, *I poteri e i provvedimenti del juge de la mise en état alla luce delle riforme del 2004 e 2005*, in questo volume.

stance» è, pertanto, opposta a quella italiana che affida, tendenzialmente, al giudice del merito la competenza a statuire sull'istanza cautelare (art. 669-*quater* c.p.c.)<sup>39</sup>.

È opportuno ricordare che, nel sistema francese, l'opzione tra un procedimento di merito e uno di *référé* sussiste anche in caso di stipulazione di una convenzione di arbitrato o di pendenza del relativo giudizio. Tuttavia si ritiene che, al fine di salvaguardare il più possibile la scelta dell'opzione arbitrale, tutti i tipi di *référés*, anche il *référé provision*, siano subordinati alla condizione dell'urgenza<sup>40</sup>. Mentre, quando il collegio arbitrale è già costituito, il potere del giudice dei *référés* si restringe, non potendo essere chiesti né il *référé probatorie*<sup>41</sup> né il *référé provision*<sup>42</sup>, per evitare di invadere la competenza degli arbitri. Per le altre ipotesi di *référés*, non essendo vietato dal sistema francese che gli arbitri concedano delle misure cautelari<sup>43</sup>, vige il princi-

<sup>39</sup> Sul punto si rinvia a: RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005, 360, che parla di «coincidenza del giudice dei provvedimenti cautelari con quello che pronuncia la sentenza definitiva»; PUNZI, *Il processo civile*, III, 2ª ed., Torino, 2010, 38 ss.

<sup>40</sup> Sul punto si vedano, tra le tante: Cass., 7 mars 2002, in *Bull. civ.*, 2002, II, 31, e Cass., 13 giugno 2002, in *D.* 2002, 2439, in relazione alla necessaria presenza della condizione dell'urgenza, in ragione della stipulazione di una convenzione d'arbitrato, nel *référé provision*; in dottrina LOQUIN, *Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire*, in *Jurisclasseur, Proc. civ.*, fasc. 1034, Paris, 2010, par. 18, «la compétence exceptionnelle d'un tribunal étatique, nonobstant la convention d'arbitrage, ne peut être fondée que sur un principe supérieur comme l'urgence».

<sup>41</sup> Cass., 11 ottobre 1995, in *Rev. arb.*, 1996, 22 ss.; App. Versailles, 8 ottobre 1998, in *Rev. arb.*, 1999, 59, con nota di HORY.

<sup>42</sup> La soluzione che impedisce al giudice statale di emanare un'ordinanza di *référé provision* durante la pendenza di un giudizio arbitrale tende a evitare che all'arbitro venga tagliata «l'erba sotto i piedi» (secondo l'espressione di HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 325). In giurisprudenza si rinvia a App. Paris, 5 maggio 2004, in *Rev. arb.*, 2006, 751 ss., con nota di DUPREY.

<sup>43</sup> Sul potere degli arbitri di concedere provvedimenti cautelari in Francia si veda CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 173 ss. Sui rapporti tra tutela sommaria e arbitrato è intervenuto recentemente il *décret* n. 2011-48 che ha modificato la disciplina dell'arbitrato in Francia. Sia permesso di rinviare a BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato*, (in corso di pubblicazione) in *Riv. arb.*, 2012, par. 4, per il rapporto tra *référé* e arbitrato. È noto come nell'ordinamento italiano viga il

pio delle competenze parallele e concorrenti, potendo le parti rivolgersi sia agli arbitri che al giudice statale – ma con i richiamati limiti – per chiedere un provvedimento provvisorio, di tipo anticipatorio o conservativo<sup>44</sup>.

Sempre rispetto alla competenza in materia di *référés*, il relativo provvedimento è, salvo eccezioni, emanato da un giudice monocratico che permette di soddisfare meglio le esigenze di celerità e semplificazione del procedimento cui tende l'istituto in esame<sup>45</sup>. Alla unicità del giudice si accompagna, sempre fatte salve alcune eccezioni, anche il carattere presidenziale del giudice dei *référés*, essendo attribuito il potere di emanare tali provvedimenti al presidente dell'ufficio giudiziario: si parla, a questo proposito, di «*présidentialisation de la juridiction provisoire*»<sup>46</sup> e anche di «*juridiction présidentielle*»<sup>47</sup>, per indicare il giudice competente in materia di *référés*. Tale «presidenzializzazione» subisce delle eccezioni, come nel caso del *référé d'instance* in quanto all'interno del *Tribunal d'instance* non si rinviene la figura del presidente<sup>48</sup>.

In due ipotesi, il provvedimento di *référé* – che conserva comunque la forma dell'ordinanza – viene emanato da un giudice collegiale di primo grado. Si tratta del c.d. «*renvoi en l'état de référé*», ossia del rinvio alla formazione collegiale del tribunale disposto dal presidente, quando quest'ultimo ritiene opportuno che a statuire sulla relativa istanza siano più giudici. In materia, l'art. 487 CPC prevede che «*le juge des référés a la faculté de renvoyer*

principio opposto, ossia quello del divieto per gli arbitri di concedere provvedimenti cautelari, di cui all'art. 818 c.p.c. Sul punto si vedano: RICCI, *Art. 818. Provvedimenti cautelari*, in *Arbitrato*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di Carpi, Bologna, 2007, 481 e segg.; PUNZI, *Il processo civile*, III, cit., 218.

<sup>44</sup> Sul principio delle competenze parallele si vedano: LOQUIN, *Arbitrage*, cit., par. 14, e CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 188 ss.

<sup>45</sup> Sul collegamento tra formazione monocratica del giudice dei *référés*, rapidità e semplificazione del procedimento si vedano: NORMAND, *Le juge unique et l'urgence*, in *Les juges inique, dispersions ou réorganisation du contentieux?*, a cura di Bolze - Pedrot, Paris, 1996, 23; CADIEU, *Le juge unique en question*, in *ivi*, 7 e 12.

<sup>46</sup> Così CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 250.

<sup>47</sup> HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 323.

<sup>48</sup> Lo ricorda SILVESTRI, *Il référé*, cit., 108.

*l'affaire en état de référé devant la formation collégiale de la juridiction à une audience dont il fixe la date*». La legge, tuttavia, non determina in quali ipotesi e in base a quale tipo di valutazione il giudice deve rinviare al collegio la decisione sull'istanza di *référé*. Tale lacuna viene colmata dalla dottrina, secondo la quale il rinvio al collegio deve avvenire in ragione della particolare complessità della causa<sup>49</sup>. Da specificare che, pur essendo chiamato a studiare un organo collegiale, restiamo sempre all'interno della giurisdizione dei *référés* e non si deve confondere la descritta tecnica del rinvio, di cui all'art. 487, con quella della «*passerelle*» che comporta, al contrario, la rimessione della causa ad un giudice di merito<sup>50</sup>.

L'altra ipotesi in cui l'ordinanza di *référé* non è emanata da un giudice monocratico di primo grado è quella del *référé prud'homal*. In tal caso, data la particolarità dell'organo giudiziario competente a decidere le controversie di lavoro nell'ordinamento francese, l'art. R. 1455-1 del *Code du travail* dispone che la formazione competente a decidere sulle istanze di *référé* sia composta da un «*conseiller prud'homme salarié*» (giudice rappresentante i lavoratori) e da un «*conseiller prud'homme employeur*» (giudice rappresentante i datori di lavoro).

Quando un provvedimento di *référé* viene concesso dalla Corte d'appello la regola è, invece, quella della collegialità.

## 5. Il procedimento.

Dotato di autonomia processuale, il procedimento di *référé* è di tipo sommario, semplice e deformalizzato, dovendo svol-

<sup>49</sup> Sul punto si vedano: CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 250, secondo cui il rinvio alla formazione collegiale riguarda quelle cause che presentano «*une complexité particulière*»; COUCHEZ, *Procédure civile*, cit., 292, fa riferimento alle ipotesi della «*complexité de l'affaire*» e della «*gravité des mesures demandées*»; GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 772, parlano di «*une affaire peut-être trop compliquée ou ... sensible*».

<sup>50</sup> GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 772, e CAYROL, *Référé civil*, cit., 57, sottolineano la differenza tra il rinvio alla formazione collegiale del tribunale, di cui all'art. 487 CPC, e l'istituto della «*passerelle*».

gersi rapidamente, in quanto: «*célérité oblige, la procédure de référé est simple et aussi dépouillée que possible*»<sup>51</sup>.

L'atto introduttivo del procedimento è la citazione: «*la demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jours et heure habituels des référés*» (art. 485 CPC, comma 1). In tal caso si parla di «*assignation ordinaire*» e di «*référé placet*». Dal momento in cui le udienze di *référé* vengono tenute regolarmente, la relativa istanza indicherà l'udienza secondo il calendario stabilito dall'organo giudiziario. Trattandosi di una procedura accelerata, il legislatore non ha previsto nessun termine di comparizione, ma ha, pur sempre, stabilito – ai fini del rispetto del diritto di difesa del convenuto – che: «*le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense*» (art.486).

Quando sussiste una particolare urgenza, l'art. 485, comma 2, prevede che «*le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes*». Si tratta del c.d. *référé «d'heure à heure»*, che permette di citare la controparte in un termine brevissimo, anche di poche ore, anche al suo domicilio, sulla base di una preventiva autorizzazione del giudice<sup>52</sup>.

La notificazione della domanda in *référé* produce l'effetto interruttivo istantaneo e permanente della prescrizione, come disposto dagli artt. 2241 e 2242 del *Code civil*.

La regola della preventiva instaurazione del contraddittorio è ineliminabile nel procedimento di *référé* e in questa direzione la relativa ordinanza ha un «*caractère contradictoire*», nel senso

<sup>51</sup> Così CAYROL, *Référé civil*, cit., 52. Parla di «*procédure sommaire*» per il *référé* CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 245-246. Per TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 244-245, «si tratta di un rito la cui sommarietà trova risposta in una regolamentazione piuttosto scarna». Sulla nozione di procedimento sommario nell'ordinamento italiano si veda, tra gli altri, CARRATTA, *Procedimento sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 877 ss.

<sup>52</sup> Si tratta di un'ipotesi che richiede una particolare urgenza, così: CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 277; SILVESTRI, *Il référé*, cit., 135; TISCINI, *I provvedimenti senza accertamento*, cit., 246. Si veda in materia App. Paris, 24 ottobre 1991, in *D.*, 1992, 244.

che viene pronunciata solo dopo aver instaurato il contraddittorio con la parte convenuta (vedi anche *infra*)<sup>53</sup>.

Il procedimento è semplificato, come si desume dal carattere laconico e estremamente succinto delle disposizioni generali in materia che riguardano essenzialmente la forma dell'atto con cui proporre la domanda e la concessione alla parte convenuta di un adeguato termine per la preparazione della propria difesa.

La procedura di *référé* è di tipo orale, sia davanti alle c.d. «*juridictions d'exception*» (quali il *tribunal d'instance*, il *conseil des prud'hommes*, il *tribunal du commerce*, ecc.), ove l'oralità è la regola, che davanti al *tribunal de grande instance*, ove la procedura ordinaria è scritta<sup>54</sup>. In sede di *référé* la rappresentanza tecnica non è obbligatoria, anche se nella pratica le parti fanno ricorso nella maggior parte dei casi all'intervento di un difensore<sup>55</sup>. Su istanza di parte, il giudice del *référé* può rimettere la causa al giudice di merito: è la c.d. tecnica della «*passerelle*», di cui all'art. 811 CPC<sup>56</sup>.

Il procedimento di *référé* è dotato di un'autonomia processuale rispetto al giudizio di merito, ne deriva che: ai fini del rispetto del principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, § 1, CEDU, i due procedimenti devono essere considerati separatamente<sup>57</sup>; l'atteggiamento difensivo tenuto durante la procedura di *référé* non ha ripercussioni nel successivo giudizio di merito<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> SILVESTRI, *Il référé*, cit., 139, ricorda che il procedimento di *référé* è «invariabilmente ... a contraddittorietà anticipata rispetto all'emissione del provvedimento».

<sup>54</sup> Sul punto CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 264, ricorda che le parti potranno solamente, «*de façon ponctuelle, déposer leurs conclusions par écrit si elles le souhaitent*». Sull'oralità nella procedura di *référé* si veda anche CORNUFOYER, *Procédure civile*, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 1996, 734.

<sup>55</sup> CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 270.

<sup>56</sup> Sull'istituto si veda, tra i tanti, RACINE, *La technique de la «passerelle» en droit judiciaire privé*, in *Mélanges Julien*, Paris, 2004, 355 ss.

<sup>57</sup> In questo senso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 novembre 2002, *Boca c/ Belgique*, req. n. 50615/99.

<sup>58</sup> In questa prospettiva CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 231, la quale ricorda che «*les parties ne subissent donc pas, dans l'instance au principal, l'influence du comportement qu'elles ont eu en référé*»; in giurisprudenza Cass., 3 aprile 1990, in *Bull. civ.*, 1990, IV, n. 170.

## 6 L'ordinanza di référé.

La caratteristica principale dell'ordinanza di *référé* è data dalla sua provvisorietà, come espresso dal citato art. 484 CPC, secondo cui «*l'ordonnance de référé est une décision provisoire ...*», da cui deriva il corollario della sua inidoneità a vincolare il giudice di merito, come disposto dall'art. 488 CPC, in base al quale «*l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée*», nel senso che si tratta di un provvedimento che non contiene un accertamento incontrovertibile e immutabile del rapporto sostanziale: «*ne se prononçant pas sur le fond du droit, l'ordonnance est toujours susceptible d'être remise en cause, en dehors même de l'exercice des voies de recours traditionnelles*»<sup>59</sup>. Da ricordare che ha subito diverse critiche la soluzione – elaborata nel *Rapport Magendie*, sulla *Célérité et qualité de la justice*, del 15 giugno 2004 – tendente a trasformare il *référé* in procedimento decisorio sommario, attribuendo alla relativa ordinanza l'autorità di cosa giudicata «*au principal*», dopo il decorso di un certo termine<sup>60</sup>.

Altro tratto fondamentale dell'ordinanza di *référé* è la sua provvisoria esecutorietà: «*sont ... exécutoires de droit à titre provisoire les ordonnances de référé*» (art. 514, comma 2). In base agli artt. 491, comma 1, il giudice del *référé* può pronunciare delle *astreintes* e statuisce sulle spese<sup>61</sup>. Inoltre, altra caratteri-

<sup>59</sup> Così MELIN SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés*, cit., 356. Sul carattere provvisorio dell'ordinanza si vedano: Cass., 12 febbraio 1992, in *Bull. civ.*, 1992, II, 49, nonché J. VUITTON - X. VUITTON, *Les référés*, cit., 191.

<sup>60</sup> Il testo del *Rapport Magendie* si può leggere in <http://www.ladocumentation-francaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml>. Un cenno a tale soluzione si rinviene già nel *Rapport* di COULON, *Réflexions et proposition sur la procédure civile, rapport au garde des sceaux*, in *La Doc. française*, 1997, 74. In senso critico nei confronti delle proposte di trasformare il *référé* in procedimento decisorio sommario si vedano: AMRANI MEKKY, *Le temps et le procès*, cit., 470; CHAINAIS *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 758; STRICKLER, *Référé*, cit., 1131; mentre in senso favorevole MELIN SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés*, cit., 374.

<sup>61</sup> In materia si vedano: Cass., 29 ottobre 1990, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, 794, con nota di NORMAND, per la statuizione sulle spese; Cass., 6 febbraio 1991, in *ivi*, 1991, 796, con nota di NORMAND, per le *astreintes*.



stica dell'ordinanza è il suo «*caractère contradictoire*», in quanto il provvedimento viene emanato dopo aver dato alla controparte la possibilità di influire sul contenuto del provvedimento.

L'ordinanza di *référé* emanata da un giudice di primo grado è, normalmente, appellabile e impugnabile con l'*opposition* (art. 490 CPC); l'ordinanza di *référé* emanata dalla Corte d'appello sarà poi ricorribile in cassazione<sup>62</sup>. L'ordinanza di *référé* è impugnabile anche con l'opposizione di terzo<sup>63</sup>, mentre è inammissibile la revocazione, data la possibilità di chiedere la revoca e la modifica del provvedimento sulla base del mutamento delle circostanze (sul punto vedi *infra*).

Tornando alla sua efficacia, un'ordinanza di *référé* non vincola, pertanto, né il giudice chiamato a decidere il merito della controversia, né il giudice che l'ha emanata<sup>64</sup> (se non parzialmente, come subito indicato nel testo). L'inidoneità alla cosa giudicata «*au principal*» riguarda anche le ordinanze divenute non più impugnabili<sup>65</sup>, nonché quelle emanate dalla corte d'appello<sup>66</sup>. La provvisorietà dell'ordinanza in questione costituisce la contropartita della perdita di garanzie processuali derivanti dalla sommarietà del procedimento<sup>67</sup>. Si afferma, a questo riguardo,

<sup>62</sup> Sul punto PERDRIAU, *Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé*, in *JCP*, 1988, I, n. 3365.

<sup>63</sup> Tra le altre, si veda: Cass., 8 ottobre 1997, in *Bull. civ.*, 1997, II, 247.

<sup>64</sup> Sull'inidoneità dell'ordinanza di *référé* alla cosa giudicata «*au principal*» si vedano LEFEUVRE, *Le référé en droit des sociétés*, cit., 284 e JOMMI, *Il référé provision*, cit., 97. Sulla libertà del giudice del merito rispetto al contenuto dell'ordinanza di *référé* si vedano: Cass., 9 gennaio 1991, in *JCP*, 1991, II, n. 21729; Cass., 6 febbraio 1991, *ivi*, 1992, II, n. 21842.

<sup>65</sup> Cass., 12 dicembre 1973, in *Bull. civ.*, 1973, II, 334, sul carattere provvisorio dell'ordinanza di *référé* anche non più impugnabile.

<sup>66</sup> Su questo aspetto si vedano: Cass., 6 dicembre 1978, in *Bull. civ.*, 1978, II, 266; Cass., 20 ottobre 1993, in *JCP*, 1993, IV, n. 2672; Cass., 7 aprile 2004, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, 545 ss., con nota di THÉRY.

<sup>67</sup> J. VUITTON - X. VUITTON, *Les référés*, cit., 193, secondo i quali appunto l'efficacia provvisoria è «*la contrepartie nécessaire de la rapidité d'intervention du juge des référés et de la souplesse procédurale dont il bénéficie, lui qui décide dans l'urgence d'une situation et qui, par conséquent, a été autorisé à statuer dans des conditions qui ne garantissent pas, en théorie, une totale sérénité*».

che la soluzione data dal giudice di *référé* «*ne peut être que provisoire puisqu'elle ne repose que sur une apparence, une vraisemblance de droit*»<sup>68</sup> o ancora che siamo dinanzi ad un provvedimento provvisorio che, «anche se sfiora il merito, non lo decide»<sup>69</sup>.

Avendo l'ordinanza di *référé* un'efficacia solo provvisoria, il giudice di merito potrà tornare su quanto deciso dal giudice del *référé*, adottando una decisione di tipo diverso. Infatti, pur essendo il procedimento di *référé* e quello di merito autonomi, il carattere provvisorio del primo comporta una forma di subordinazione del giudice del *référé* al giudice di merito: la decisione resa «*au principal*» è destinata a sostituire quella di *référé*, che diverrà caduca per «*perte de fondement juridique*»<sup>70</sup>, pur non potendo il giudice di merito prescindere totalmente dall'ordinanza «*au provisoire*»<sup>71</sup>. Viene anche specificato in materia che il processo di merito non è un mezzo di impugnazione dell'ordinanza di *référé*, trattandosi di un processo distinto, introdotto da un'autonoma domanda per giudicare sulla stessa pretesa oggetto del provvedimento provvisorio e non per confermare o meno quest'ultimo<sup>72</sup>. Inoltre, non avendo l'ordinanza di *référé* l'autorità di cosa giudicata «*au principal*», il giudice di merito deve necessariamente esaminare la fondatezza della domanda proposta e non può fondare la sua decisione unicamente sul contenuto del provvedimento provvisorio<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> COSÌ AMANARI MEKKY, *Le temps et le procès*, cit., 474-475.

<sup>69</sup> COSÌ GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 325, parlano di «*decision provisoire qui, même si elle effleure le fond, ne le tranche pas*».

<sup>70</sup> In questo senso Cass., 10 marzo 2005, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, 142 ss., con nota di THÉRY; Cass., 13 luglio 2005, in *Bull. civ.*, 2005, II, 197, secondo cui «*le fond s'imposant au référé dont les décisions sont provisoires, la survenance d'un jugement au fond, postérieurement à la clôture des débats en référé, prive de fondement juridique la décision rendue en référé*».

<sup>71</sup> Sull'obbligo per il giudice di merito di tener conto dell'esistenza di un'ordinanza di *référé* anche se priva di autorità di cosa giudicata «*au principal*» si veda Cass., 2 aprile 2003, in *Bull. civ.*, 2003, 77.

<sup>72</sup> Per questa prospettiva si veda BOUTY, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, Paris, 2008, 79.

<sup>73</sup> Cass., 7 marzo 1990, in *Bull. civ.*, 1990, II, 58.

Pur non vincolando il giudice di merito, le ordinanze di *référé* sono dotate della c.d. «*autorité de la chose jugée au provisoire*» che crea un vincolo rispetto allo stesso giudice che ha emanato il provvedimento, come indicato dall'art. 488, comma 2, secondo cui l'ordinanza «non può essere modificata o revocata se non in caso di nuove circostanze» («*elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles*»)<sup>74</sup>. Il giudice dei *référés* non può, pertanto, modificare e revocare il proprio provvedimento se non in presenza di nuove circostanze sopravvenute<sup>75</sup>, oppure di circostanze anteriori, la cui conoscenza è stata acquisita successivamente all'emanazione del provvedimento<sup>76</sup>. Data l'azione di revoca e modifica dell'ordinanza di *référé*, il *recours en révision* (assimilabile all'italiana impugnazione per revocazione, di cui agli artt. 395-403 c.p.c.) non è proponibile<sup>77</sup>.

Quanto agli aspetti temporali dell'efficacia dell'ordinanza di *référé*, il codice non contiene alcuna disposizione espressa al riguardo. Nel silenzio della legge, l'interpretazione dominante di giurisprudenza e dottrina è sempre stata quella di assegnare all'ordinanza di *référé* una vita autonoma rispetto al giudizio principale di merito, sì da farne un provvedimento ad efficacia inde-

<sup>74</sup> Come indicato da CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 294, (alla quale si rinvia anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali) la nozione di «*autorité de chose jugée au provisoire*» viene, quindi, utilizzata per «designare l'attitudine del provvedimento provvisorio ad essere revocato solo in caso di nuove circostanze»; l'A. preferisce, tuttavia, utilizzare la formula «*autorité rebus sic stantibus de la chose jugée au provisoire*» (p. 292). Sul punto si vedano, tra gli altri, CADIEU - NORMAND

- AMRANI - MEKKY, *Théorie générale du procès*, Paris, 2010, 896.

<sup>75</sup> Per la giurisprudenza deve trattarsi di «*un changement réel ... dans les éléments de fait ou de droit ayant motivé la décision du juge*» (MELIN SOUCRAMANIAN, *Le juge des référés*, cit., 363), per alcuni esempi in materia si vedano: Cass., 17 luglio 1974, in *JCP*, 1974, IV, n. 328; Cass., 11 ottobre 1977, in *ivi*, 1977, IV, 293; Cass., 16 dicembre 2003, in *D.*, 2004, 251.

<sup>76</sup> Per questa specificazione si veda Cass., 17 luglio 1975, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, 779, con nota di PERROT.

<sup>77</sup> Così Cass., 27 aprile 1988, in *Bull. civ.*, 1988, II, 102, nonché J. VUITTON - X. VUITTON, *Les référés*, cit., 190.

<sup>78</sup> D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte prima)*, I, cit., 899 ss.

finitamente protratta, ossia a effetti illimitati nel tempo<sup>78</sup>. Tuttavia, pur essendo prevalente, il modello della completa autonomia del provvedimento di *référé* non è di applicazione generale<sup>79</sup>. Da un lato, infatti, è presente un orientamento giurisprudenziale che tende a subordinare il mantenimento dell'efficacia dell'ordinanza di *référé* alla proposizione di un successivo giudizio di merito, attribuendo al provvedimento in esame un'efficacia temporanea<sup>80</sup>; orientamento che ha suscitato critiche<sup>81</sup>, ma anche pareri favorevoli<sup>82</sup>. Dall'altro lato, non mancano delle ipotesi normative in cui il legislatore ha preferito vincolare la sorte di un provvedimento di *référé* ad un giudizio di merito, come in materia di proprietà intellettuale o in materia di concorrenza<sup>83</sup>.

Comunque, in ragione della descritta efficacia indefinitamente protratta – almeno secondo l'interpretazione dominante – si afferma generalmente che un'ordinanza di *référé*, anche se provvisoria, può divenire in via di fatto irrevocabile<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 663, scrive che «le modèle du provisoire indépendant, à défaut d'être proposé de façon généralisé, n'en est pas moins, fût-ce d'un point de vue symbolique, hégémonique en France».

<sup>80</sup> In relazione a dei casi giurisprudenziali di limitazione temporale dell'efficacia di un'ordinanza di *référé* si vedano: Cass., 12 febbraio 1992, in *Bull. civ.*, 1992, 49; App. Paris, 13 marzo 1996, in *JCP*, 1996, II, n. 22632; TGI Paris, (*ord. référé*), 13 e 18 ottobre 1997, in *JCP*, 1997, II, n. 22964, con nota di DURIEUX; TGI Paris, (*ord. référé*), 9 giugno 1998, in *D. aff.*, 1998, 1702, con nota di GOLDSTEIN. Per GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 775, seguendo questa giurisprudenza si passerebbe dal «provisoire au temporaire». Nello stesso senso NORMAND, *Note sous App. Paris, 13 mars 1996*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, 500, ha parlato di «glissement du provisoire vers le temporaire». Ma, correttamente, CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 406, ha specificato che seguendo la richiamata giurisprudenza si giungerebbe, in realtà, ad un «glissement d'un provisoire indépendant vers un provisoire dépendant», in quanto l'ordinanza di *référé* resta comunque provvisoria.

<sup>81</sup> Si veda, tra gli altri, in senso critico MELIN SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés*, cit., 372-373.

<sup>82</sup> Così CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 621.

<sup>83</sup> Ipotesi richiamate da CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 613 ss., alla quale si rinvia.

<sup>84</sup> Sul punto si vedano: PERROT, *L'évolution de référé*, cit., 647, secondo cui «les décisions, provisoires en théorie, sont souvent définitives en fait, dans la mesure où elles s'inscrivent dans le temps de façon irréversible»; NORMAND, *Les facteurs d'accélération en procédure civile*, cit., 429; MELIN SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés*, cit., 371; BOUTY, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, Aix-en-Provence, 2008, 79.

## 7. L'ordonnance sur requête.

Analogamente a quanto previsto dall'italiano art. 669-sexies c.p.c. che conferisce al giudice il potere di provvedere sull'istanza cautelare *inaudita altera parte* con decreto motivato<sup>85</sup>, il codice francese contempla la figura del provvedimento provvisorio, con finalità cautelare, concesso senza la preventiva instaurazione del contraddittorio. Si tratta del procedimento dell'*ordonnance sur requête*, di cui agli artt. 493-498 CPC, che si svolge *inaudita altera parte* e che viene introdotto appunto con una *requête*; procedimento che si conclude con una decisione provvisoria «*rendue non contradictoirement dans le cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse*» (art. 493). I presupposti per ottenere un'*ordonnance sur requête* francese sembrano coincidere con quelli previsti per l'emaneazione del decreto cautelare italiano: si tratta dell'ipotesi dell'estrema urgenza e dell'effetto sorpresa<sup>86</sup>.

In applicazione del principio generale, di cui all'art. 17 CPC («*Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours ap- proprié contre la décision qui lui fait grief*»), l'art. 496, comma 2, nei confronti dell'*ordonnance sur requête* di accoglimento prevede la possibilità per la parte interessata di instaurare il contraddittorio attraverso il c.d. procedimento del *référé-rétracta-*

<sup>85</sup> Sul procedimento per decreto cautelare si veda, per tutti, RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 434 ss.

<sup>86</sup> Sul punto si rinvia a: COUCHEZ, *Procédure civile*, cit., 62-63, che parla sia della particolare urgenza che della «*nécessité d'ordonner les mesures sans prévenir l'adversaire*»; CADIET - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 457, parlano di casi in cui «*l'efficacité de la mesure sollicitée dépend de sa discrétion préalable*»; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 252, secondo cui l'*ordonnance sur requête* viene concessa «*lorsque l'urgence est particulièrement pressante ou qu'il existe un risque que cette protection devienne ineffective au cas où le défendeur en serait informé*». Sui presupposti per la concessione del provvedimento in questione si vedano: Cass., 26 febbraio 1999, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, 463, con nota di PERROT; Cass., 11 maggio 2006, in *Procédures*, luglio 2006, comm. 154, con nota di PERROT. Sui presupposti per l'emaneazione del decreto cautelare italiano si vedano, tra i tanti, RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 343; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 6<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, 191.

tion: «S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance»<sup>87</sup>. Mentre in caso di rigetto della *requête*, il ricorrente potrà proporre appello (art. 496, comma 1). Risulta evidente la differenza di regime tra il decreto cautelare italiano, che deve essere necessariamente assorbito da una successiva ordinanza, e l'*ordonnance sur requête* francese che è dotata di una vita autonoma, l'instaurazione del contraddittorio essendo rimessa all'iniziativa della parte interessata, come previsto dal citato art. 496<sup>88</sup>. Proprio in base alla mancata convocazione della controparte, la procedura dell'*ordonnance sur requête* si distingue dal procedimento di *référé* che presuppone sempre la preventiva instaurazione del contraddittorio<sup>89</sup>.

Quanto all'efficacia dell'*ordonnance sur requête*, l'art. 497 stabilisce che: «Le juge a faculté de modifier ou de rétracter son ordonnance, même si le juge du fond est saisi de l'affaire»; non subordinando, quindi, tale potere di modifica al sorgere di nuove circostanze. Pur nel silenzio della legge, una parte della dottrina considera che il giudice non possa modificare l'ordinanza concessa se non si verificano mutamenti delle circostanze o, comunque, non vengono allegati fatti di cui si è avuta conoscenza dopo l'emanazione del provvedimento, attribuendo, quindi, alle or-

<sup>87</sup> Nei confronti dell'*ordonnance sur requête* di accoglimento è ammissibile esclusivamente il *référé rétractation* e resta esclusa la possibilità di proporre appello. La giurisprudenza esclude la natura di mezzo di impugnazione del *référé-rétractation*, in tal senso si veda: Cass., 13 luglio 2005, in *Procédures*, novembre 2005, comm. 252, con nota di PERROT. Nella stessa direzione si vedano: PERROT, *L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête)*, in *Justice et droits fondamentaux. Etudes Normand*, Paris, 2004, 387 ss., spec. 396; GUINCHARD-FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 783; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 256.

<sup>88</sup> Sottolinea tale diversità anche SILVESTRI, *Il référé*, cit., 138-139. Sulla circostanza che il contenuto del decreto cautelare «è per sua natura destinato a confluire nell'ordinanza terminale del procedimento cautelare, a seguito dell'avvenuta instaurazione del contraddittorio» si veda RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 443.

<sup>89</sup> Sul punto ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, cit., 9, e COUCHEZ, *Procédure civile*, cit., 62. Ricordano CADIEU - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 456, che la mancanza di contraddittorio nel procedimento per ordinanza *sur requête* è strutturale «en ce qu'elle résulte de la nature même de l'institution».

*donnances sur requête* l'autorità di cosa giudicata «*au provisoire*»<sup>90</sup>. L'efficacia dell'*ordonnance sur requête* resta, tuttavia, dibattuta, in quanto la giurisprudenza e una parte della dottrina preferiscono ritenere che tale provvedimento sia «privo di ogni autorità di cosa giudicata»<sup>91</sup>.

#### 8 I *référés* «en la forme».

Sempre in base all'efficacia del provvedimento possiamo distinguere le c.d. «*procédures en la forme de référés*» – anche dette «*référés en la forme*», «*faux référés*» o «*référés au fond*» – rispetto ai «*vrais référés*», chiamati per questo motivo «*référés par nature*»<sup>92</sup>.

I *référés* «*en la forme*» sono dei procedimenti decisori sommari che non appartengono alla tutela cautelare ma a quella sommaria decisoria, in quanto si concludono con una decisione idonea a dettare una disciplina immutabile del rapporto giuridico sostanziale<sup>93</sup>: i *référés* «*en la forme*» producono, pertanto, l'autorità di cosa giudicata «*au principal*». In queste ipotesi, il giudice segue la procedura di *référé* (statuisce «*en la forme de référé*» o «*comme en matière de référé*»), senza, tuttavia, essere

<sup>90</sup> Così COUCHEZ, *Procédure civile*, cit., 62, il quale afferma che «*on voit mal toutefois en pratique un juge modifier son ordonnance sans que cette modification soit justifiée par des faits nouveaux, ou tout au moins par la prise en considération de faits dont il n'avait pas eu primitivement connaissance*»; l'A. viene richiamato a questo proposito anche da CADJET - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 71; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 313-314.

<sup>91</sup> In tal senso si veda PERROT, *L'inversion du contentieux*, cit., 392-393, nonché Cass., 24 settembre 1981, in *JCP*, 1981, IV, n. 384; Cass., 14 gennaio 1987, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, 410 ss., con nota di PERROT; Cass., 10 dicembre 1998, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, 464, con nota di PERROT; App. Toulouse, 14 febbraio 2002, in *D.*, 2003, 160. <sup>92</sup> Sul punto HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 332, parla di «*faux référé*» e di «*référé procédural*» in quanto solo la procedura è quella dei *référés*; AMRANI MEKKY, *Le temps et le procès*, cit., 469, contrappone i «*référés par nature*» (dotati di un'efficacia solo provvisoria) ai «*référés de pure procédure*».

<sup>93</sup> Per la distinzione tra provvedimenti sommari con funzione cautelare-strumentale e provvedimenti sommari con funzione decisoria si rinvia a CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in questo volume, 1 ss., spec. 21 ss.

anche un giudice dei *référés*, essendo chiamato a decidere la lite in via definitiva e non «*au provisoire*»: la distanza con i veri *référés* è, pertanto, netta<sup>94</sup>. Un esempio di *référés* «*en la formes*» è costituito dai provvedimenti relativi alle c.d. servitù «*de cour commune*»<sup>95</sup>.

Pur non essendoci in Francia un dibattito ampio e approfondito come quello italiano sul principio della correlazione necessaria tra cosa giudicata e cognizione piena ed esauriente, nonché sui «limiti alla discrezionalità del legislatore in materia di processi sommari non cautelari» che escludono la costituzionalità dei procedimenti decisorii esclusivamente sommari, in quanto – come disposto dagli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione italiana e come sistematicamente ricavabile dagli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c. – il giudicato formale e sostanziale sui diritti e *status* è sempre posto in correlazione ad un procedimento in cui viene espletata una cognizione piena e esauriente in fatto e in diritto, seguita dal controllo di legittimità in Cassazione<sup>96</sup>, si deve sottolineare che una parte della dottrina d'oltralpe si mostra critica dinanzi ai casi di *référés* «*en la forme*»<sup>97</sup> o all'idea di ampliare le ipotesi dei *référés*

<sup>94</sup> In materia CADIET - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 91, e CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 257.

<sup>95</sup> In materia l'art. R. 471-1 del *Code de l'urbanisme* dispone che: «*La demande tendant à l'institution d'une servitude dite de "cours communes" en application de l'article L. 471-1 est portée par le propriétaire intéressé à la création de la servitude devant le président du tribunal de grande instance du lieu de situation des parcelles qui statue comme en matière de référé*».

<sup>96</sup> In questo senso CARRATTA, *Processo sommario*, cit., 880, cui si deve la citazione nel testo; ID., *I procedimenti camerale-sommari in recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1049 ss.; ID., *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1301 ss. Non potendo, in questa sede, essere compiutamente richiamato tutto il dibattito relativo al principio della correlazione necessaria tra cosa giudicata e cognizione piena ed esauriente si rinvia a: LANFRANCHI, *Del «giusto» processo sommario di cognizione*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, cit., 1 ss., spec. 6; ID.,

«*Pregiudizi illuministici*» e «*giusto processo civile*», in *Giusto processo civile*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2001, 1 ss., spec. 17 ss.; ID., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, 1 ss., in cui sono raccolti gli altri scritti dell'Autore in materia.

<sup>97</sup> Valga richiamare a questi fini l'autorità di GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 311, i quali, rispetto ai casi in cui il presidente del *tribunal de*



«*de pure procédure*», data l'evidente lesione del diritto di difesa<sup>98</sup>. Infatti, delle critiche sono state formulate rispetto alla proposta di generalizzare il ricorso al *référé* «*au fond*», tendente ad introdurre una procedura accelerata e sommaria, ricalcata su quella del *référé*, destinata a concludersi con un provvedimento decisorio idoneo al giudicato «*au principal*» per la risoluzione delle contro-verse relative ad Internet, procedura denominata «*référés collé-giaux*» o «*référés de fond internet*», al fine di superare il formalismo della procedura ordinaria<sup>99</sup>; proposta che ha sollevato le perplessità della migliore dottrina francese, la quale ha sostenuto che: «*non seulement il n'est pas forcément opportun de laisser un juge rendre une décision définitive au terme d'une procédure sommaire, mais de surcroît il se peut même qu'il soit utile de subordonner la protection provisoire accordée à une instance principale pour s'assurer une instruction approfondie aura bien lieu*»<sup>100</sup>.

Una critica indiretta all'idea di attribuire l'efficacia di cosa giudicata «*au principal*» ai provvedimenti sommari si può rinvenire anche in quegli autori francesi i quali ritengono che la provvisorietà degli effetti dell'ordinanza di *référé* costituisca il principale contrappeso alla sommarietà del procedimento e alla discrezionalità del giudice<sup>101</sup>.

*grande instance* statuisce secondo la procedura di *référé*, ma emana una decisione di autorità di cosa giudicata «*au principal*», affermano che «*cette dualité n'est pas sans conséquences et soulève quelques difficultés*». Su questo aspetto TISCINI, *I provvedimenti senza accertamento*, cit., 242-243, constata (in maniera non del tutto condivisibile, almeno per l'ordinamento italiano), che «nel sistema francese, non diversamente dal nostro, la scelta a favore del giudicato è frutto della pura discrezionalità legislativa», potendo, alternativamente, il procedimento di *référé* concludersi con un provvedimento decisorio o provvisorio.

<sup>98</sup> In senso critico nei confronti della generalizzazione del *référé* «*en la forme*» si vedano AMRANI MEKKY, *Le temps et le procès*, cit., 470, secondo cui si creerebbe solo «*une nouvelle et surabondante procédure rapide ne respectant pas totalement les droits de la défense*».

<sup>99</sup> Si tratta della proposta elaborata dall'allora Presidente del tribunal de grande instance di Parigi GOMEZ, *Le référé internet: de la pertinence ... dans l'urgence et sans évidence*, in *Expertises*, n. 220, 1998, 335 ss. (citato anche da CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 756-757).

<sup>100</sup> In questi termini CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 757.

<sup>101</sup> In tal senso si vedano: STRICKLER, *Référés*, cit., 1128, il quale, dopo aver richiamato i rischi delle procedure sommarie, afferma chiaramente che «*le principal*

9. *I diversi tipi di référés: la distinzione tra référés generali e référés speciali.*

Come precedentemente accennato, nel sistema francese esistono diversi tipi di *référés* che si suddividono in *référés* generali e *référés* speciali. Alla prima categoria appartengono quei *référés* di applicazione generale, quali: il *référé classique* dell'art. 808, fondato sull'urgenza; il *référé de remise en état* dell'art. 809, comma 1; il *référé provision* dell'art. 809, comma 2; il *référé-injonction* dell'art. 809, comma 2; il *référé préventif o probatoire* dell'art. 145 CPC<sup>102</sup>. La categoria dei *référés* speciali, così definiti in ragione del loro ambito di applicazione ad oggetto predefinito e delimitato, è multiforme, trattandosi di ipotesi molto varie, il cui elemento comune si ritrova nella rapidità e nell'effettività del procedimento<sup>103</sup>.

Visti i limiti del presente scritto, la nostra analisi sarà incentrata unicamente su alcuni *référés* generali (principalmente sul *référé classique*), mentre possiamo solo menzionare alcuni *référé* speciali, quali: il *référé «vie privée»*, di cui all'art. 9 del *Code civil*, comma 2; il *référé-liberté*, anche detto *référé «présomption d'in-*

*contre-poids à l'omnipotence du juge des référés, qui toutefois donne son équilibre à cette procédure, reste le caractère provisoire attaché à la décision rendue»; SILVESTRI, Il référé, cit., 65.*

<sup>102</sup> Per questa sistematica si veda ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, cit., 71, il quale inserisce all'interno dei *référés* generali anche il *référé probatoire* dell'art. 145 CPC. All'opposto, altri autori preferiscono inquadrare il *référé probatoire* dell'art. 145 nella categoria dei *référés* speciali, così: J. VUITTON - X. VUITTON, *Les référés*, cit., 76 ss.; SILVESTRI, *Il référé*, cit., 168 ss. e 219, che esclude il tipo di *référé* in questione dal novero dei *référés* generali in ragione della peculiarità della sua regolamentazione.

<sup>103</sup> Per J. VUITTON - X. VUITTON, *Les référés*, cit., 65, i *référés* speciali hanno «*objectifs plus précis ou circonscrits à une matière déterminée*». Sul punto anche CAYROL, *Référé civil*, cit., 45, il quale sottolinea il carattere eterogeneo dei *référés* speciali. Giova ricordare che la distinzione tra i *référés* generali e quelli speciali, cui si è fatto riferimento nel testo, non è pacifica. Altri autori (CADIET - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 448 ss.; AMRANI MEKKY, *Le temps et le procès civil*, cit., 463; HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 332 ss.) preferiscono, infatti, qualificare come *référé* generale o ordinario solo quello «classico», fondato sull'urgenza, disciplinato dall'art. 808, e classificare come speciali tutti gli altri tipi di *référés*.

*nocence*» dell'art. 9-1 del *Code civil*; il *référé concurrence* dell'art. L. 442-6, comma 4, del *Code de commerce*.

Le singole tipologie di *référés* sono coordinate tra loro secondo un principio di autonomia, nel senso che per ottenere la concessione di un determinato tipo di *référé* è necessario che sussistano le varie condizioni indicate dalla legge in relazione alla specifica misura richiesta<sup>104</sup>, come ad esempio quelle classiche dell'urgenza e dell'assenza di una contestazione seria, oppure quelle dell'esistenza di un danno imminente da prevenire o della turbativa manifestamente illecita da far cessare oppure, ancora, quella dell'obbligazione non seriamente contestabile. A questo proposito, deve essere notato in via preliminare che la mancanza di tali condizioni non determina l'incompetenza del giudice adito, come in precedenza si riteneva, ma l'inammissibilità della domanda<sup>105</sup>. Ne deriva che l'eccezione con la quale il convenuto contesta la mancanza di una delle condizioni per la concessione dell'ordinanza non è un'*exception de procédure* (eccezione di rito) ma una *fin de non-recevoir* (eccezione di inammissibilità), quindi si tratta di un tipo di eccezione che può essere proposta in ogni stato del procedimento, «*en tout état de cause*», come disposto dall'art. 123 CPC<sup>106</sup>.

#### 10. Il *référé classique*; cenni al *référé de remise en état* e al *référé provision*.

La breve disamina dei *référés* generali non può che prendere le mosse dall'art. 808 CPC, secondo cui: «in tutti i casi di ur-

<sup>104</sup> Sul principio di autonomia si veda HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 324.

<sup>105</sup> Sul punto HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 326, il quale ricorda che la mancanza delle condizioni richieste dalla legge per la concessione di un'ordinanza di *référé* «*ne concerne pas la compétence du juge saisi, mais la recevabilité de la demande*».

<sup>106</sup> Sul punto si veda X. VUITTON, *Référé. Conditions générales des pouvoirs du juge des référés*, in *Jurisclasseur, Proc. civ.*, fasc. 471, Paris, 2007, 3. In giurisprudenza si rinvia a Cass., 19 marzo 1986, in *Bull. civ.*, 1986, III, 34. Sul regime delle eccezioni nel diritto francese si rinvia, in lingua italiana, a NORMAND, *Processo civile (Francia)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XV, Torino, 1997, 100 ss., spec. 114-115; nonché a BONATO, *I poteri e i provvedimenti del juge de la mise en état*, cit., par. 6.

genza, il presidente del tribunale di grande istanza può emanare tutte quelle misure che non si oppongono a nessuna contestazione seria o che giustificano l'esistenza di una controversia». Da ricordare che il *référé classique* occupa un posto non solo sussidiario, poiché – in virtù del principio di autonomia dei *référés* – la parte chiederà la sua concessione solo quando le condizioni degli altri *référés* non potranno essere invocate, ma anche residuale, data la moltitudine e la varietà dei *référés* speciali, alcuni dei quali, tra l'altro, non richiedono il requisito dell'urgenza<sup>107</sup>.

Siamo in presenza del tipo di *référé* che più si avvicina all'italiano provvedimento d'urgenza, di cui all'art. 700 c.p.c.<sup>108</sup>, denominato *référé classique* o ordinario o generale, in quanto corrispondente all'accezione tradizionale dell'istituto<sup>109</sup>, rispetto a cui concessione del provvedimento è subordinata non solo al ricorrere della condizione dell'urgenza, ma anche a quelle (tra loro alternative) dell'assenza di una contestazione seria o dell'esistenza di una controversia.

La condizione dell'urgenza – ipotesi classica e di principio del sistema dei *référés*<sup>110</sup> – viene legata alla necessità di un intervento tempestivo del giudice per evitare un pregiudizio alla parte ricorrente, derivante dalla durata del processo ordinario<sup>111</sup>; condizione che costituisce un apprezzamento di fatto sottratto al

<sup>107</sup> Così HÉRON, *Droit judiciaire privé*, 335.

<sup>108</sup> Per la similitudine tra il *référé* dell'art. 808 CPC francese e il provvedimento d'urgenza dell'art. 700 c.p.c. italiano si veda SILVESTRI, *Il référé*, cit., 168.

<sup>109</sup> Così J. VUITTON - X. VUITTON, *Les référés*, cit., 12. Parlano di *référé* ordinario e classico: CADIER - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 448 ss. e AMRANI MEKKY, *Le temps et le procès*, cit., 463; mentre HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 334, parla di *référé* generale.

<sup>110</sup> Così CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 70, e CADIER - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 448.

<sup>111</sup> Legano la condizione dell'urgenza, di cui all'art. 808 CPC, alla necessità di neutralizzare un pregiudizio derivante dalla durata del processo ordinario: PERROT, *L'évolution de référé*, cit., 654; NORMAND, *Le juge unique et l'urgence*, cit., 24, secondo cui l'urgenza riguarda tutte quelle situazioni «*qui ne pourraient se satisfaire du cours ordinaire de la justice sans préjudice grave pour l'un au l'autre des protagonistes du conflit*»; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle du provisoire*, cit., 68 ss.; Cass., 22 aprile 1966, in *JCP*, 1966, II, n. 14748; Cass., 19 marzo 1986, in *Bull. civ.*, 1986, III, 34.

sindacato di legittimità della Corte di cassazione<sup>112</sup> e la cui sussistenza deve essere valutata dal giudice al momento della pronuncia<sup>113</sup>. Anche nel sistema vigente – parimenti a quanto previsto dal codice abrogato – il legislatore francese ha optato per l'atipicità del requisito del *periculum in mora*, non avendo predeterminato in via generale e astratta le singole fattispecie di pericolo. Secondo alcuni, sussiste un'ipotesi di urgenza quando «un ritardo di qualche giorno, forse anche di qualche ora, può diventare pregiudizievole per una delle parti»<sup>114</sup>; mentre altri hanno rinunciato a dare una definizione di questo elemento di fatto<sup>115</sup>. Da sottolineare che nel sistema francese la condizione dell'urgenza non deve essere caratterizzata da particolari qualificazioni, come accade al contrario nell'italiano provvedimento d'urgenza dell'art. 700 c.p.c. che prevede il ben noto requisito del «pregiudizio imminente e irreparabile»<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> Tra le tante si veda Cass., 26 aprile 1977, in *D.*, 1978, 664 ss., con nota di TENDLER; in dottrina PERDRIAU, *Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé*, cit., par. 14.

<sup>113</sup> App. Paris, 23 ottobre 1965, in *JCP*, 1966, II, n. 14562.

<sup>114</sup> In questo senso GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 314, secondo cui «il y a urgence quand un retard de quelques jours, peut-être même des quelques heures, peut devenir préjudiciable à l'une des parties». Sul punto HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 327, ricorda che l'urgenza è una nozione che presuppone una valutazione concreta degli interessi delle parti.

<sup>115</sup> Altri autori rinunciano, tuttavia, ad elaborare una definizione dell'urgenza, si veda: JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, 1968, 7; AMRANI MEKKY, *Le temps et le procès*, cit., 464, la quale considera l'urgenza come una «*notion floue*»; analogamente D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza dei référés (Parte seconda)*, cit., 255.

<sup>116</sup> Sul punto CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 501, la quale afferma anche che «*considéré comme suffisant pour caractériser l'urgence, le caractère irréparable du préjudice redouté n'est pas nécessaire*». Per la diversità tra la formulazione dell'italiano art. 700 c.p.c. e del francese art. 808 CPC si veda SILVESTRI, *Il référé*, cit., 173. Quanto al ruolo della nozione di pregiudizio imminente e irreparabile nel provvedimento d'urgenza italiano dell'art. 700 c.p.c. la bibliografia è sterminata, si segnalano, senza pretesa di completezza: MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, *passim*; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1982, *passim*; BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 73 ss.; VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di Chiarloni e Consolo, II, cit., 1249 ss.

La seconda condizione cui l'art. 808 subordina la concessione del *référé classique* è data dall'assenza di una contestazione seria oppure dall'esistenza di una controversia, ipotesi che hanno sostituito il «divieto di pregiudicare il merito», di cui all'art. 809 del codice francese abrogato.

Non potendo in questa sede ripercorrere compiutamente il dibattito sul requisito della assenza di «*contestation sérieuse*», che ha sollevato non poche difficoltà in dottrina<sup>117</sup>, possiamo dire che la contestazione seria è: «quella che il giudice non può senza esitazione rigettare in qualche parola. La sua assenza risulta dall'evidenza o dal fatto che il giudice non decide nessuna questione appartenente al merito della controversia»<sup>118</sup>. L'evidenza consisterebbe in ciò di cui il giudice non può ragionevolmente dubitare<sup>119</sup>. Si dice, quindi, che la contestazione è seria quando: «il convenuto sollev[a] delle difese che non sembran[o], ad un esame superficiale, del tutto sprovviste di fondamento, in quanto pongono degli elementi di dubbio, anche debole, sulla conformità della misura richiesta alla soluzione che darebbe il giudice di merito se venisse adito»<sup>120</sup>.

Oltre al caso della mancanza di una contestazione seria, il giudice può concedere un *référé classique* anche nell'ipotesi in cui ciò viene giustificato dall'esistenza di una controversia. La presenza delle due richiamate condizioni, di cui all'art. 808, ha suscitato non pochi problemi in dottrina, trattandosi di due elementi che sembrano annullarsi a vicenda: quando la contesta-

<sup>117</sup> Valga per tutti il richiamo di ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, cit., 75, che ricorda come la seconda condizione posta dall'art. 808 pone maggiori difficoltà rispetto a quella dell'urgenza.

<sup>118</sup> GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 313.

<sup>119</sup> HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 328, «*l'absence de contestation sérieuse se ramène à l'évidence, c'est-à-dire à ce qui ne peut raisonnablement faire de doute dans l'esprit d'un juge*». Sull'argomento si rinvia anche: NORMAND, *Notion et objet de la contestation sérieuse, obstacle aux pouvoirs du juge des référés*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, 654 ss.; PETIT, *L'évidence*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, 485 ss.

<sup>120</sup> D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza dei référés (Parte seconda)*, II, 257, richiamando il pensiero di NORMAND, *Notion et objet de la contestation sérieuse*, cit., 654.

zione è seria le parti sono in lite e, quindi, una di esse potrebbe invocare la condizione dell'esistenza di una controversia per chiedere la concessione della misura provvisoria. Queste due condizioni che, ad un prima lettura, si oppongono e sembrano annullarsi vicendevolmente sono state interpretate per dare loro «autonomia e funzione di mutuo completamento»<sup>121</sup>. In questa direzione, per dare una certa coerenza alla disposizione in questione, evitando che il requisito della contestazione seria venga di fatto eliminato da quello dell'esistenza della lite, si è giunti alla conclusione che, sul fondamento dell'art. 808, il giudice possa prendere due tipologie distinte di misure, a seconda della condizione invocata dall'istante.

Vediamo, quindi, qual è l'oggetto del *référé classique*, variabile a seconda del tipo di requisito invocato dalla parte istante: in assenza di una contestazione seria il giudice può concedere un'ordinanza di *référé*, fondata sull'urgenza, a contenuto anticipatorio (rispetto alla decisione che verrà emanata dal giudice di merito), ossia una «*mesure d'anticipation*», «*mesure qui correspond à l'effet juridique ou à une partie de l'effet juridique de la règle substantielle applicable*»<sup>122</sup>; al contrario, la presenza di una contestazione seria vieta al giudice di emanare un'ordinanza di *référé* di tipo anticipatorio rispetto alla decisione di merito, ma non gli impedisce, ricorrendo la condizione dell'esistenza della controversia, di concedere un provvedimento provvisorio di tipo conservativo, per cristallizzare la situazione di fatto fino alla pronuncia della decisione di merito, ossia una «*mesure d'attente*»<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> SILVESTRI, *Il référé*, cit., 185.

<sup>122</sup> Sull'art. 808 CPC si veda HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 335, il quale ricorda che il giudice in assenza di una contestazione seria può, a norma dell'art. 808, ordinare la reintegrazione di un lavoratore o emanare un provvedimento di espulsione da un immobile.

<sup>123</sup> Per questa prospettiva HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 335, che fa l'esempio della lite tra eredi, rispetto alla quale l'esistenza di una contestazione seria impedisce al giudice del *référé* di ordinare l'attribuzione in via provvisoria di un bene successorio ad uno degli eredi, ma il giudice potrà, pur sempre, disporre un sequestro giudiziario dei beni o nominare un amministratore provvisorio, poiché in tale ipotesi «*il ne s'agit plus d'anticiper sur ce que décidera le juge du principal, mais de stabiliser la situa-*

Quanto ai tratti del *référé classique*, al pari di quanto avviene rispetto all'italiano provvedimento d'urgenza dell'art. 700 c.p.c., il provvedimento francese è caratterizzato da un duplice grado di atipicità: atipico è il presupposto per la sua concessione, non essendo state predeterminate dal legislatore le singole fattispecie di *pericula* («*dans tous les cas d'urgence*»); atipico è il contenuto del provvedimento (il giudice può ordinare «*toutes les mesures*»)<sup>124</sup>. La concessione di un'ordinanza di *référé*, di cui all'art. 808, può essere, inoltre, invocata a tutela di tutte le situazioni sostanziali, sia per i diritti assoluti che per quelli relativi<sup>125</sup>. La dottrina d'oltralpe sottolinea che la possibilità di chiedere al giudice ogni tipo di misura in caso di urgenza non è poi così ampia, poiché l'atipicità del provvedimento viene controbilanciata dalla severità del requisito dell'assenza di contestazione seria<sup>126</sup>.

Quanto agli altri *référés* generali, in questa sede possiamo solo ricordare il *référé de remise en état*, di cui all'art. 809, comma 1 («*Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*») rispetto al quale la condizione dell'urgenza, pur non essendo esplicitamente richiesta, è implicita nelle nozioni di danno imminente e turbativa manifestamente illecita<sup>127</sup>. Infine, per il *référé provision*, di cui all'art. 809, comma 2, («*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit*

*tion jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur le différend qui oppose les héritiers*»). Nello stesso senso si vedano: AMRANI MEKKY, *Le temps et le procès*, cit., 467; WIEDERKEHR, *L'accélération des procédures et les mesures provisoires*, in *Rev. int. dr. comparé*, 1998, 449 ss., spec. 456. Sulla distinzione tra «*mesures d'attente*» e «*mesures d'anticipation*» si veda in generale BLÉRY, *L'efficacité substantielle*, Paris, 2000, 261 ss. e, nella dottrina italiana, CARRATTA, *Profili della tutela anticipatoria*, cit., 34 ss.

<sup>124</sup> Aspetto sottolineato anche da BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés»*, cit., 598.

<sup>125</sup> Come ricordato da SILVESTRI, *Il référé*, cit., 173-174.

<sup>126</sup> Così HÉRON, *Droit judiciaire privé*, cit., 334.

<sup>127</sup> In questo senso si vedano: GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 314; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 511.



d'une obligation de faire»), la legge non richiede per la sua concessione il ricorrere del requisito dell'urgenza<sup>128</sup>; per questa ragione sembra preferibile escludere la natura cautelare del *référé* in questione, trattandosi piuttosto di un procedimento-provvedimento sommario-semplificato-esecutivo (sulla cui nozione vedi *infra*)<sup>129</sup>.

## II. Sintetica comparazione tra il sistema francese dei *référés* e la tutela sommaria italiana alla luce delle ultime riforme.

Descritto il sistema francese dei *référés*, possiamo concludere con qualche breve considerazione comparatistica con l'ordinamento italiano.

Da tempo la dottrina italiana ha «subito il fascino» dei *référés*: il *référé provision* ha, in particolare, attirato l'attenzione di coloro che hanno auspicato l'introduzione in Italia di «una forma di tutela sommaria esecutiva, provvisoria e senza giudizio, di carattere atipico»<sup>130</sup>; un analogo interesse all'ordina-

<sup>128</sup> Sul *référé provision* la letteratura è molto ampia, si rinvia, tra i tanti a: GUINCHARD - FERRAND - CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., 318; COUCHEZ, *Le référé provision : une mesure ou démesure?*, in *Mélanges Raynaud*, Paris, 1985, 161 ss.; BOUJEKA, *La provision: essai d'une théorie générale en droit français*, Paris, 2001. La giurisprudenza della Cassazione, a partire da una sentenza del 20 gennaio 1981, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, 679 ss., con osservazioni di NORMAND, ha stabilito che «le montant de la provision n'avait d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée».

<sup>129</sup> In questo senso: SILVESTRI, *Il sistema dei référé*, cit., 24-25; BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés»*, cit., 587; RICCI, *Per un'efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 1021 ss., spec. 1026; TISCINI, *I provvedimenti senza accertamento*, cit., 261, che si richiama alla doppia funzione dei *référés*: quella cautelare e quella di economia processuale; l'istituto, quindi, sarebbe «servo di due padroni». All'opposto, attribuisce natura cautelare al *référé provision* CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., 36; ID., *I nuovi riti speciali societari*, cit., 96, che parla di «pronuncia atipica provvisoria di natura cautelare».

<sup>130</sup> Così MENCHINI, *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 367 ss., spec. 380 ss.; ID., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 869. Guardano con favore all'introduzione nel sistema italiano di un istituto analogo al *référé provision* anche: FERRARA - MAZZAMUTO - VERDE, *Alcune proposte in materia di giustizia civile*, in *Foro it.*,

mento d'oltralpe hanno manifestato quegli autori favorevoli a svincolare l'efficacia del provvedimento cautelare – o almeno di alcuni di essi – dalla proposizione e dalla coltivazione del giudizio di merito<sup>131</sup>.

Il modello francese dei *référé*s ha, quindi, «sedotto» il legislatore italiano degli ultimi anni: da un lato, è stata mutuata la regola dell'indipendenza del procedimento di *référé* dal giudizio di merito rispetto all'«attenuazione» o «allentamento» del vincolo della strumentalità cautelare, di cui agli artt. 23 e 24, d.lgs. n. 5 del 2003 (attualmente abrogati dalla legge n. 69 del 2009) e all'art. 669-*octies* c.p.c. italiano (come modificato dalla legge n. 80 del 2005 e dalla legge n. 69 del 2009); dall'altro lato, è stato preso come modello di riferimento (ma in modo assai discutibile) il *référé provision* per l'introduzione del procedimento sommario del rito societario, di cui all'art. 19, del d.lgs. n. 5 del 2003 (parimenti abrogato dalla legge n. 69 del 2009)<sup>132</sup>.

2000, V, c. 221 ss., spec. c. 228; PROTO PISANI, *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, in *Foro it.*, 1981, V, c. 226 ss., spec. c. 244; Id., *Usi e abusi*, cit., 399; Id., *Verso la residualità del processo a cognizione piena*, in *Studi Punzi*, I, Torino, 2008, 699 ss., spec. 704; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Studi Tarzia*, Milano, 2005, III, 1605 ss., spec. 1636-1637.

<sup>131</sup> Si vedano per tale prospettiva prima dell'entrata in vigore delle riforme del 2003 e del 2005: CHIARLONI, *Riflessioni inattuali sulla novella per il processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 499 ss., spec. c. 501; PROTO PISANI, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale: Premessa*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 8; Id., *Dodici anni di riforme per la giustizia civile*, in *ivi*, 2001, V, c. 89 ss., spec. c. 94. Anche alcuni progetti di riforma tendevano a svincolare l'efficacia del provvedimento cautelare dal giudizio di merito, si tratta del disegno di legge delega n. S/1463 del 1981 (c.d. progetto Liebman), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 675 ss. (su cui PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ.: i processi speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 747 ss.), nonché del disegno di legge proposto dalla Commissione Tarzia nel 1996, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 948 ss., spec. 964 e 1016.

<sup>132</sup> Riconoscono l'influenza francese sulle riforme relative ai procedimenti cautelari e sommari non decisori, tra gli altri: CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 539, la quale rileva, in senso critico, che «*en vérité, les reformes italiennes de 2003 et 2005 se sont inspirées, sans toujours faire la part des choses, des deux aspects*» dell'istituto del *référé*: quello relativo all'«*aptitude à régler définitivement un conflit, en présence de l'urgence*» (proprio del *référé classique* dell'art. 808); quello della

Quanto all'attenuazione della strumentalità cautelare, è stata svincolata l'efficacia di alcuni provvedimenti cautelari dall'instaurazione e dalla prosecuzione del giudizio di merito (art. 669-*octies*, comma 6), quali i provvedimenti d'urgenza, di cui all'art. 700 c.p.c., i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto, di cui all'art. 668, gli altri «provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali»<sup>133</sup>. In relazione all'efficacia, il comma 9 del citato art. 669-*octies* stabilisce che: «l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo», da cui l'inidoneità al giudicato sostanziale, di cui all'art. 2909 c.c., del provvedimento in questione, del quale la parte può chiedere la modifica o la revoca «se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare» (art. 669-*decies*)<sup>134</sup>. In base alle richiamate disposizioni, i provvedimenti cautelari, di cui al comma 6 dell'art. 669-*octies*, non hanno limitazioni temporali, potendo durare in-

«*suppression de l'urgence, à travers, notamment, le modèle du référé-provision*»; MONTELEONE, *L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione del référé*, in *La riforma del processo civile*, a cura di Cipriani e Monteleone, Padova, 2007, 454 ss., spec. 457-458; QUERZOLA, *La tutela anticipatoria tra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, 45 ss., scrive che «il legislatore italiano delle riforme più recenti si è ispirato, dichiarandolo espressamente, al modello francese della *procédure en référé*»; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 263, per la constatazione che da diverso tempo «i *référés* francesi ispirano i dibattiti nella nostra dottrina, e costituiscono il modello di riferimento per le proposte di riforma in ambito di tutela sommaria».

<sup>133</sup> Sulla strumentalità cautelare si vedano, tra gli altri: PUNZI, *Il processo civile*, III, cit., 50; RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 35 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 200, che parla di strumentalità «forte» e di una «debole».

<sup>134</sup> Sull'inidoneità al giudicato sostanziale, di cui all'art. 2909 c.c., dei provvedimenti cautelari, tra gli altri, si vedano: PUNZI, *Il processo civile*, III, cit., 53; RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 47 ss., cui si rinvia anche per l'istituto della revoca e modifica dei provvedimenti cautelari (p. 693 ss.); CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 134; RICCI, *Verso un nuovo processo civile*, cit., 251; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 160 ss. In giurisprudenza Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.*, 2008, I, c. 766 ss., con note di CHIAVACCI - CAPONI - PAL-

MIERI.

definitamente nel tempo, ma conservano il carattere della provvisorietà, poiché sono soggetti a caducazione o assorbimento da parte della sentenza di merito (art. 669-*novies*), al pari di tutti i provvedimenti cautelari<sup>135</sup>.

In seguito alla riforma del 2005, pur conservando ognuno le proprie specificità, l'avvicinamento – dal punto di vista strutturale – dei provvedimenti cautelari italiani a strumentalità attenuata al modello tradizionale del *référé* francese fondato sull'urgenza sembra, pertanto, evidente tanto che nella dottrina francese si è parlato al proposito di vera e propria «*importation du référé français en Italie*»<sup>136</sup>. Al proposito si è messa in luce, oltre alla comune durata indeterminata dell'ordinanza di *référé* e della misura cautelare anticipatoria italiana, anche l'analoga portata dell'art. 669-*octies*, comma 9, c.p.c. italiano («l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo») e dell'art. 488, comma 1, CPC francese («*l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée*») rispetto all'intensità delle misure in discorso a vincolare il giudice del processo principale di merito<sup>137</sup>. Analogia che sembra parimenti rinvenirsi in relazione alla revoca e modifica dei provvedimenti in esame: l'autorità di cosa giudicata «*au provisoire*» delle ordinanze di *référé* sarebbe assimilabile al «giudicato cautelare» delle misure cautelari; formule queste con le quali si suole designare quella – limitata e parziale – stabilità dei provvedimenti provvisori in questione, data dalla mancanza di quelle circostanze legittimanti le azioni di revoca o di modifica dell'atto, di cui agli artt. 488, comma 2, CPC francese e 669-*decies* c.p.c. italiano<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 54 ss.

<sup>136</sup> COSÌ CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 444.

<sup>137</sup> COSÌ RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 50.

<sup>138</sup> In questa direzione, si può richiamare la posizione di SALETTI, *Vers le référé en Italie*, in *Justice et droits fondamentaux. Mélanges Normand*, Paris, 2004, 421, il quale rispetto ai provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata parla di «*autorité de la chose jugée au provisoire*» (p. 424). Sul «giudicato cautelare» si vedano: TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 165 ss., secondo cui l'espressione giudicato cautelare evoca «una certa stabilità» del provvedimento rispetto al potere di revoca e modifica, nonché ai limiti di riproposizione dell'istanza cautelare precedente-

Quanto alla funzione degli istituti in esame, abbiamo precedentemente notato come sia i provvedimenti cautelari che quei tipi di *référés*, la cui concessione è subordinata al ricorrere della condizione dell'urgenza, sono preordinati a neutralizzare il *periculum in mora* e sono, pertanto, emanati nell'attesa della decisione definitiva del processo principale: tra cautela, *référé* (tradizionale, fondato sull'urgenza) e giudizio principale di merito sussiste, dunque, sempre quella relazione di strumentalità funzionale<sup>139</sup>.

Alla luce delle richiamate analogie, possiamo, quindi, guardare al sistema francese per tentare di risolvere alcune questioni sorte rispetto alla tutela cautelare italiana<sup>140</sup>.

In materia, deve essere in primo luogo ricordato che, come messo in luce da quella parte della dottrina che ha valorizzato una nozione di tipo «funzionale» della strumentalità cautelare, la riforma italiana del 2005 non ha fatto perdere ai provvedimenti, di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, la loro natura cautelare, pur avendo comportato un «allentamento della (tradizionale) stretta e rigida 'concatenazione temporale' tra il procedimento cautelare ed il successivo giudizio di merito»<sup>141</sup>. L'autonomia della misura

mente rigettata; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 208, tratta del «giudicato cautelare» in relazione alla revoca e modifica del provvedimento cautelare, ricordando che si tratta, comunque, di una nozione utilizzata «in senso atecnico». Mentre per RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 51 (nt. 220) e 577, il giudicato cautelare opererebbe rispetto ai limiti di riproposizione dell'istanza cautelare derivante dal provvedimento di rigetto, di cui all'art. 669-*septies*.

<sup>139</sup> Sul punto CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 402, scrive che «la procédure de cautèle et la procédure de référé partagent, originellement du moins, une fonction commune - pallier le periculum in mora, le péril qui pourrait naître de la nécessité d'attendre le bon déroulement de l'instance ordinaire».

<sup>140</sup> Come ricordato da DAVID - JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4<sup>a</sup> ed. italiana, a cura di Sacco, Padova, 2004, 3 ss., tra i motivi di interesse del diritto comparato ritroviamo quello dell'approfondimento e del miglioramento della conoscenza del diritto nazionale.

<sup>141</sup> In questa direzione CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 132 ss. (e 134 per la citazione nel testo), che richiama rispetto alla nozione di strumentalità la posizione di Calamandrei; analogo richiamo alla funzione strumentale della cautela è presente in RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 38 ss. A favore della natura cautelare dei provvedimenti di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, si sono espressi anche: CONSOLLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1505 ss.,

cautelare è, quindi, di tipo cronologico e non anche funzionale<sup>142</sup>. Tale concezione la ritroviamo anche nella dottrina francese ove per definire un provvedimento provvisorio rispetto a quello definitivo si evoca anche «*un rapport temporel de succession: le provisoire est préalable au définitif, et destiné à prendre fin lors de l'avèvement de ce dernier*»<sup>143</sup>. Analogamente si dice che l'autonomia o indipendenza strutturale del *référé* dal processo «*au fond*» non esclude che la tutela provvisoria sia «*marqué par une profonde dépendance*» rispetto alla tutela di merito, una «*dépendance fondamentale, en ce qu'elle est constitutive du caractère provisoire même de la protection*»<sup>144</sup>, dipendenza che coincide con la strumentalità funzionale italiana. Nella stessa direzione non è, infatti, senza interesse ricordare che, sebbene si tratti di misure a durata indeterminata, i provvedimenti cautelari italiani a strumentalità «attenuata» o «debole» – al pari dei *référés* francesi – restano, comunque, dotati di una «vita 'provvisoria'», in quanto – oltre a essere assoggettati all'azione di revoca e modifica – possono essere «travolti dal provvedimento definitivo o principale 'in attesa' o 'in vece' del quale sono stati emanati ed al quale sono funzionalmente 'preordinati'»<sup>145</sup>. In Italia come in Francia, la c.d. «stabilità di fatto» resta un elemento accidentale e estrinseco – dipendente dall'inerzia delle parti<sup>146</sup> – dei provve-

spec. 1518; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 146 ss. In senso contrario altri autori tendono ad attribuire natura di provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi ai provvedimenti a strumentalità attenuata, si veda: PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1 ss., spec. c. 14; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., 1629; SILVESTRI, *Il référé*, cit., 300.

<sup>142</sup> Così RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 45.

<sup>143</sup> Per il riferimento all'elemento cronologico si veda DE VAREILLES - SOMMIÈRES, *La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, 397 ss., spec. 406.

<sup>144</sup> Si tratta delle considerazioni elaborate da CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 412.

<sup>145</sup> Così CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 134. Rispetto ai provvedimenti in discorso parla di «provvisoria stabilità» PUNZI, *Il processo civile*, III, cit., 52.

<sup>146</sup> A questo proposito MELIN SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés*, cit., 371, sottolinea che la definitività in fatto dell'ordinanza di *référé* dipende dalla volontà delle parti, dalla loro volontà di non voler «*poursuivre le litige*».

dimenti cautelari e dei *référés*, la cui essenza giuridica è data dalla loro provvisorietà, dalla loro c.d. «instabilità in diritto»<sup>147</sup>, potendo essere rimessi in discussione da un successivo provvedimento definitivo, in quanto: «*la décision provisoire est toujours tributaire d'une éventuelle décision définitive ultérieure et elle est, quel que soit son contenu, inapte à devenir par elle-même définitive en droit. C'est ce qui garantit son caractère authentiquement provisoire*»<sup>148</sup>.

Inoltre, sul tema in esame è opportuno ricordare che nel sistema francese l'indipendenza del *référé* dal processo di merito, pur essendo prevalente, non è di applicazione generale. Abbiamo, al proposito, in precedenza ricordato quella giurisprudenza francese che ha legato l'efficacia dell'ordinanza di *référé* alla successiva instaurazione del giudizio di merito, nonché la presenza di fattispecie normative in cui il provvedimento provvisorio è vincolato al processo principale. Non solo, una parte autorevole della dottrina francese, proprio al fine di impedire che l'istituto del *référé* divenga uno strumento definitivo, se non «*irrévocable*», di risoluzione delle controversie, ha proposto – ispirandosi al modello italiano tradizionale della strumentalità cautelare «forte» – di legare sempre le sorti della relativa ordinanza al processo principale di merito, per evitare che «*une justice rapide et moins protectrice s'installe*»<sup>149</sup>. Mentre, altri autori hanno proposto una soluzione più «flessibile», tendente a conferire al giudice la possibilità, secondo le circostanze del caso, di subordinare la sorte del *référé*, compreso il *référé provision*, alla

<sup>147</sup> RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 54-55. Sulla circostanza che la provvisorietà del provvedimento non implichi necessariamente anche la provvisorietà degli effetti si veda PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 117 ss.; Id., *Lezioni di diritto processuale*, 5<sup>a</sup> ed., Napoli, 2006, 598.

<sup>148</sup> COSÌ CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 332 ss.

<sup>149</sup> In questo senso: AMRANI MEKKY, *Le temps et le procès civil*, cit., 488 ss., la quale – richiamando in nota il sistema italiano – afferma chiaramente che: «*il convient d'imposer aux parties d'agir au fond suite à l'obtention d'une ordonnance de référé*» (p. 450); CADIEU - JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 455, secondo cui «*cette sorte d'obligation judiciaire d'agir au principal restitue à l'ordonnance de référé sa véritable nature de décision provisoire dont les effets devraient être limités dans le temps*».

proposizione del processo di merito, di modo che: «*la protection juridictionnelle provisoire serait par principe indépendante et susceptible de remplir une fonction d'économie processuelle, mais permettrait au juge de recourir à la technique de la subordination le cas échéant*»<sup>150</sup>.

Alla luce delle ricordate prospettive elaborate dalla dottrina francese, si direbbe che – nell'ambito di quella circolazione dei modelli giuridici che caratterizza gli ordinamenti presi in esame<sup>151</sup> – mentre l'Italia guardava alla Francia per svincolare i provvedimenti cautelari dal giudizio di merito, inversamente la Francia guardava all'Italia nella prospettiva di subordinare l'efficacia delle ordinanze di *référé* al processo «*au fond*». Il fatto che la completa indipendenza e autonomia del provvedimento di *référé* dal giudizio principale di merito venga messo in discussione (da dottrina e giurisprudenza) in un paese come la Francia, in cui tale indipendenza ha radici storiche molto solide, dovrebbe far riflettere sui rischi e sulle derive che potrebbero sorgere dalla ricordata attenuazione della strumentalità cautelare, introdotta dal legislatore italiano delle ultime riforme. Quindi, senza voler giungere a reintrodurre nel nostro ordinamento la c.d. strumentalità «forte» per tutti i provvedimenti cautelari, dall'esperienza del sistema francese si potrebbe, a questi fini, trarre ispirazione a sostegno della tesi, secondo cui la legge italiana non escluderebbe il fatto che: «il giudice del cautelare – sebbene non obbligato [...] – possa ritenere opportuno, tenendo presente le circostanze che l'hanno indotto ad accogliere il ricorso, fissare un termine per l'instaurazione del giudizio di merito ad opera

<sup>150</sup> Così CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 692, secondo cui tale soluzione sarebbe praticabile anche in via interpretativa alla luce delle disposizioni attualmente vigenti nel codice di rito. L'A. propone, *de iure condendo*, anche di aggiungere all'art. 488 CPC un comma dal seguente tenore: «*si la loi l'exige ou si les circonstances le demandent, le juge des référés peut impartir au bénéficiaire de la mesure qu'il ordonne un délai pour engager une instance devant le juge du fond, au-delà duquel, à la demande du défendeur, la caducité de la mesure sera constatée*».

<sup>151</sup> Parla di «*circulation des modèles juridiques entre la France et l'Italie*» CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 15-16.

<sup>152</sup> In questo senso CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 135, che richiama



della stessa parte che ha ottenuto il provvedimento cautelare o d'urgenza, subordinando a questo il permanere nel tempo della sua efficacia»<sup>152</sup>.

Dell'ordinamento francese non sembra, invece, opportuno riprendere la soluzione della ricorribilità in cassazione, su ricorso della parte, del provvedimento cautelare a strumentalità attenuata<sup>153</sup>, anche per non sovraccaricare la Corte di cassazione dell'esame di ulteriori provvedimenti.

Per quanto riguarda l'interesse suscitato dal *référé provision* sulla tutela sommaria italiana, è noto come l'istituto francese sia stato richiamato ai fini dell'analisi dell'abrogato procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 19, d.lgs. n. 5 del 2003<sup>154</sup>: alcuni autori hanno sottolineato le similitudini tra i due procedimenti in questione<sup>155</sup>, mentre altri, più correttamente, hanno messo in luce le loro differenze<sup>156</sup>. Sul punto, ci limiteremo a ricordare che la soluzione tendente a generalizzare il ricorso alla tutela sommaria alternativa al giudicato – auspicata da quella

a questo proposito proprio quell'orientamento giurisprudenziale francese tendente a legare le sorti dell'ordinanza di *référé* al giudizio di merito (su cui vedi *retro*).

<sup>153</sup> Così, invece, CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienze e garanzie*, in *Studi Punzi*, III, cit., 265 ss., spec. 281.

<sup>154</sup> Sul procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 19 del rito societario la bibliografia è molto ampia, si rinvia, senza pretesa di completezza, a: LANFRANCHI, *Del «giusto» procedimento sommario di cognizione*, cit., 47 ss.; CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 89 ss.; ARIETA - DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 353 ss.; DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario: la logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato*, cit., 283 ss.

<sup>155</sup> Parla di «*référé all'italiana*» SASSANI, *Sulla riforma del processo societario, in La riforma delle società. Il processo*, a cura di B. Sassani, Torino, 2004, 1 ss., spec. 12, ripreso da TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 265 ss. Nella stessa relazione ministeriale al d.lgs. n. 5 del 2003 (in *Giust. civ.*, 2002, II, 520 ss.) si fa riferimento al *référé provision* come modello di ispirazione per l'elaborazione del rito sommario societario.

<sup>156</sup> Sottolineano la distanza tra *référé provision* e procedimento sommario dell'art. 19: LANFRANCHI, *Del «giusto» procedimento sommario di cognizione*, cit., 52; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., 1625; CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 95; DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario*, cit., 363; JOMMI, *Il référé provision*, cit., 206; SALETTI, *Vers un référé en Italie*, cit., 424-425; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 537 ss.

parte della dottrina italiana precedentemente citata – resta foderata di diverse perplessità, alla luce della centralità costituzionale che occupa nel sistema italiano il processo di cognizione piena ed esauriente e la cosa giudicata formale e sostanziale sui diritti soggetti e *status*<sup>157</sup>; perplessità che sono acuite dalla circostanza che anche in Francia sono stati avanzati dei seri dubbi sui rischi, in termini di diritto di difesa, provocati dall'istituto *référé provision*<sup>158</sup>. Tra l'altro, lo stesso legislatore italiano dell'ultima riforma, di cui alla legge n. 69 del 2009, ha abbandonato la soluzione della tutela sommaria alternativa al giudicato e ha ricollocato quest'ultimo «al centro della tutela dichiarativa», introducendo il procedimento sommario di cognizione, di cui agli artt. 702-bis e ss.<sup>159</sup>, la cui ordinanza conclusiva ha l'attitudine al giudicato sostanziale dell'art. 2909 c.c. (art. 702-quater)<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> In senso critico rispetto alla tutela sommaria alternativa al giudicato si rinvia, tra gli altri, a LANFRANCHI, *Del «giusto» procedimento sommario di cognizione*, cit., I ss.; CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 67 ss.; DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario*, cit., 363.

<sup>158</sup> CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 521 ss., per l'elenco di tutti i possibili rischi derivanti dalla «*dénaturation de la fonction traditionnelle de la protection juridictionnelle provisoire*».

<sup>159</sup> COSÌ FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 92; TISCINI, *I provvedimenti senza accertamento*, cit., XIII, sottolinea il cambiamento di rotta del legislatore; si duole della previsione dell'idoneità al giudicato del nuovo procedimento sommario di cognizione degli artt. 702-bis e ss., infatti, RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1359 ss.

<sup>160</sup> In argomento la letteratura è già molto ampia. Si rinvia, tra gli altri, a CARRATTA, *Le «condizioni di ammissibilità» del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 726 ss., che qualifica il procedimento di cui agli artt. 702-bis e ss. come «un procedimento *semplificato e sommario* con funzione decisoria»; ID., *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell'«istruzione sommaria»: prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2010, 902 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 21ª ed., aggiornata da CARRATTA, Torino, 2011, 361 ss.; MENCHINI, *L'ultima «idea» del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1025; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 889; BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 188 ss., spec. 190, che propende per la qualificazione di procedimento a cognizione piena; BASILICO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 737 ss.