

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

DIRITTO COMPARATO VII CICLO

Titolo della tesi:

<<IL SISTEMA FRANCESE DEI *REFERE* DI PRIMA ISTANZA>>

Relatore:

Chiar.mo Prof.

Niccolò Trocker

Candidata:

Caterina Silvestri

Anno Accademico 1995/96

IL SISTEMA FRANCESE DEI REFERE DI PRIMA ISTANZA

INDICE

INTRODUZIONE.....pag. 6

CAPITOLO PRIMO -

EVOLUZIONE STORICA DEL PROCEDIMENTO DI REFERE

1. Origine del *référé*.....pag. 12
2. Estensione del procedimento: dalla giurisdizione di diritto comune alle giurisdizioni d'eccezione.....14
3. Evoluzione del ruolo dell'istituto.....31
4. Evoluzione dei presupposti di esperibilità.....38

CAPITOLO SECONDO -

DISPOSIZIONI COMUNI ALLA MATERIA DEI REFERE

5. Generalità.....pag. 57
6. Il carattere provvisorio dell'ordinanza.....57
7. Assenza di autorità di cosa giudicata e carattere revocabile e modificabile

dell'ordinanza di <i>référé</i>	63
8. La provvisoria esecutorietà dell'ordinanza resa in <i>référé</i>	67
9. Il ricorso alle <i>astreinte</i>	74

CAPITOLO TERZO -

LA COMPETENZA IN MATERIA DI REFERE

10. Principi informatori.....	pag. 80
10.1. Applicabilità delle regole generali di competenza ed eccezioni a tale principio.....	81
10.2 L'incidenza della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale in materia di misure provvisorie: rinvio.....	84
11. La competenza di attribuzione.....	85
12. Le regole di competenza concernenti ciascuna giurisdizione: il <i>Tribunal de grande instance</i>	87
12.1. La competenza difronte alle giurisdizioni d'eccezione.....	90

CAPITOLO QUARTO -

IL PROCEDIMENTO

13. Profili generali.....	pag. 95
14. Attuazione del principio del contraddittorio.....	97

14.1. La proposizione dell'istanza.....	99
15. Le impugnazioni: le vie ordinarie di ricorso.....	102
15.1. Le vie straordinarie di ricorso.....	110
15.2. Rilievi conclusivi sul sistema delle impugnazioni delle ordinanze di <i>référé</i> alla luce delle innovazioni introdotte in Italia in materia cautelare dalla legge 353/90.....	114

CAPITOLO QUINTO -

DISPOSIZIONI CONCERNENTI LE SINGOLE FIGURE DI REFERE

16. I <i>référé</i> generali.....	pag.119
17. Il <i>référé</i> classico in caso d'urgenza.....	120
18. Il <i>référé</i> di << <i>remise en état</i> >> previsto dal primo comma dell'art. 809, N.c.p.c.....	129
18.1. Problemi posti dall'invocabilità del <i>référé de remise état</i> in presenza di una "contestazione seria".....	132
19. Il <i>référé classique</i> e il <i>référé de remise en état</i> nell'applicazione giurisprudenziale.....	136
20. Il <i>référé-provision</i> e il <i>référé-injoction</i>	142
20.1 Il <i>référé-provision</i> e il <i>référé-injoction</i> nell'applicazione giurisprudenziale.....	147

CAPITOLO SESTO -

CENNI SUL PROCEDIMENTO DI *REQUETE*

21. Generalità.....	153
21.1. La <i>requête</i> di diritto comune.....	155

CAPITOLO SETTIMO -

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

22. La struttura giurisdizionale del procedimento di <i>référé</i>	160
23. La tutela offerta in <i>référé</i> e il procedimento di merito.....	171

BIBLIOGRAFIA	178
---------------------------	-----

INTRODUZIONE

Il mantenimento di un ordinamento positivo non può prescindere, se non in una società ideale in cui i soggetti prestassero spontanea osservanza ai dettami della legge, dall'esistenza di un sistema di strumenti tesi a garantire la protezione delle posizioni di vantaggio nel momento critico della loro esistenza, quello della violazione, rendendo effettivo, e non puramente nominale, il loro riconoscimento da parte dello Stato.

La tutela giurisdizionale dei diritti costituisce perciò, uno degli scopi immanenti del sistema giuridico che il legislatore ha nel tempo tentato di soddisfare, con norme che corrispondessero alla complessità e alle esigenze morali ed economiche della *societas* cui erano destinate.

Essa si pone accanto e, secondo l'espressione di Calvosa, al "servizio" della normativa sostanziale la quale da sola, non è in grado di garantire l'attuazione dei precetti nella quale si esprime ¹.

La realizzazione piena ed effettiva dei diritti non può trascurare la considerazione che non tutte le situazioni di favore possono essere adeguatamente tutelate attraverso il processo ordinario per la possibile insorgenza di fatti e circostanze che mettano in pericolo la concreta soddisfazione del diritto, nel tempo necessario ad ottenere una pronuncia definitiva.

Per quanto la tutela offerta dal rito di cognizione possa essere rapida e perfetta essa, tuttavia, non sarà mai immediata: il tempo nel processo, è paragonato da

¹C. Calvosa, La tutela cautelare. Profilo sistematico, Torino, 1963, 3.

Carnelutti ad un nemico contro il quale il giudice -e, possiamo aggiungere, le parti- lottano senza posa ² per scongiurare il prodursi di mutamenti di circostanze che potrebbero rendere più difficoltosa, o addirittura impedire, la soddisfazione del diritto da tutelare, ovvero per evitare che possano realizzarsi danni dovuti al permanere del diritto in uno stato di insoddisfazione ³.

Su questa consapevolezza si fonda l'esigenza, coeva alla nascita stessa del diritto e del processo ⁴, di predisporre da parte dell'ordinamento particolari istituti processuali destinati ad intervenire rapidamente in quelle situazioni ove l'urgenza delle circostanze non permette l'attesa del provvedimento definitivo.

L'interesse specifico alla base di questi procedimenti sta, dunque, nella loro funzione *integrativa* della difesa realizzabile in via ordinaria e nella risposta che gli stessi offrono a precise esigenze di effettività della tutela, in applicazione del principio Chiovendano secondo il quale la durata del processo non deve nuocere all'attore che ha ragione.

Gli ordinamenti giuridici antichi e moderni hanno risposto a queste esigenze, pur nella diversità delle forme e degli strumenti, apprestando sistemi di tutela rapida e semplificata e, per ciò, caratterizzati da una cognizione sommaria e da una natura provvisoria del provvedimento che ne scaturisce.

A queste misure, che nel nostro ordinamento sono sistematicamente ricondotte alla categoria dei provvedimenti *cautelari*, si sono progressivamente affiancate nel

²F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 354.

³La distinzione di queste situazioni di *periculum* da infruttuosità o da tardività, risalgono a P. Calamandrei, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, oggi in *Opere giuridiche*, Vol. IX, 195; essa è stata fatta propria dalla maggior parte della dottrina italiana tra cui, recentemente: A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 656. In senso parzialmente diverso: Carnelutti, *op. loc. cit.*, 354 e Calvosa, *op. loc. cit.*, 267.

⁴Calvosa, *op. loc. cit.*, 1; F. Satta, *Commentario al Codice di procedura civile. Procedimenti speciali*, Vallardi, 1968, 147.

corso dell'evoluzione del sistema processuale e nel quadro di una differenziazione dei mezzi di tutela tesa ad adattare il più possibile gli strumenti processuali alla diversità dei bisogni di protezione, altri procedimenti speciali diretti a sottrarre al processo ordinario quelle controversie le cui caratteristiche intrinseche o la loro speciale natura, rendono superflua la complessità del rito di cognizione richiedendo, piuttosto, una giustizia maggiormente semplice nelle forme e meno costosa.

Questi istituti, pur sempre sommari, perseguono in via primaria la realizzazione di economie processuali e la loro funzione è, pertanto, *non cautelare*.

Pur nella loro costante presenza in ogni epoca giuridica, lo sviluppo di questi procedimenti sommari *cautelari* e non *cautelari*, costituisce un fenomeno che ha tratto notevoli impulsi dall'evoluzione del contenzioso moderno ⁵, dal quale è scaturita la consapevolezza che la tutela giurisdizionale dei diritti non è effettiva se non è ottenibile rapidamente e nella conseguenziale tendenza a risolvere le liti fuori del lungo ed oneroso processo ordinario ⁶.

La funzione svolta da questi procedimenti e la loro importanza in un periodo storico, qual'è quello attuale, teso alla creazione di *spazi giuridici* che travalichino i confini dei singoli Stati, ha posto l'esigenza di offrire loro una regolamentazione anche a livello internazionale.

Nell'ambito dell'Europa comunitaria la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in

⁵R. Perrot, *Les mesures provisoires en procédure civile*. Atti del colloquio internazionale, Milano 12-13 ottobre 1984, Milano, 1985, 152.

⁶F. Carpi, *La tutela d'urgenza fra cautela, <<sentenza anticipata>> e giudizio di merito*. Atti del XV° Convegno Nazionale, Bari, 4-5 ottobre 1985, 39; cfr. N. Trocker, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 225 ss.

materia civile e commerciale, ha cercato di dettare principi comuni alla materia individuando nell'art. 24, l'autorità giurisdizionalmente competente all'emissione dei <<provvedimenti provvisori e cautelari>>.

L'importanza della disposizione non può sfuggire e non è, di fatto, sfuggita agli interpreti poichè, come ha osservato Tesauro, Avvocato Generale nella causa 213/89, lo <<scopo fondamentale di ogni ordinamento giuridico (...) è l'*effettività della tutela giurisdizionale*>> nella realizzazione della quale la tutela cautelare <<si rivela uno strumento fondamentale e ineliminabile di qualsiasi sistema giurisdizionale, mirando a realizzare in modo puntuale e mai vano lo scopo di accertamento del diritto e più in generale di attuazione della norma giuridica, tutte le volte che la durata del processo è idonea a pregiudicare il raggiungimento di tale scopo e dunque a vanificare l'effetto utile della sentenza>>⁷.

I limiti imposti alla presente trattazione ci impediscono di affrontare i problemi ermeneutici posti dall'art. 24 della Convenzione, ai quali sarà riservata una fase di successivo approfondimento dello studio raccolto in queste pagine.

In questa sede possiamo tuttavia notare come la versione francese di tale norma utilizzi l'espressione <<*mesures provisoires ou conservatoires*>>, non essendo trasponibile in questo ordinamento la contrapposizione tra provvedimenti sommari cautelari e non cautelari elaborata invece nel nostro ordinamento.

Il sistema d'Oltralpe nel corso della propria evoluzione, accanto ad istituti primariamente volti alla realizzazione di finalità conservative⁸, ha visto delinearci

⁷G. Tesauro, Conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 17 maggio 1990 in causa 214/89, Raccolta, 1990, IV, 2457, nn. 18-19.

⁸Ci riferiamo in particolare alle *mesures conservatoires*, il cui scopo è stato riassuntivamente identificato da G. Légier, *Saisie et mesures conservatoires*, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. II, n. 1, nell'esigenza di <<conservare un diritto o un bene>>.

un particolare procedimento, quello di *référé*, la cui struttura, originariamente diretta all'emissione di misure urgenti, si è progressivamente ampliata, articolando l'istituto, inizialmente unico, in differenti tipologie idonee al perseguimento tanto di funzioni *cautelari* che di economia processuale e, dunque, *non cautelari*. L'originalità di questo procedimento, ha indirizzato la nostra attenzione e ad esso abbiamo dedicato il presente lavoro cercando di delineare le linee evolutive seguite dall'istituto, la sua odierna regolamentazione normativa e l'applicazione che lo stesso riceve dalla giurisprudenza dominante.

CAPITOLO PRIMO

EVOLUZIONE STORICA DEL PROCEDIMENTO

DI REFERE

1. ORIGINE DEL REFERE

Con il termine *référé*, che significa letteralmente <<rimettere, deferire>> ⁹, l'ordinamento francese indica un gruppo di procedure differenziate rispetto al rito ordinario e caratterizzate da un'estrema semplicità procedurale che consente, nel rispetto del contraddittorio delle parti, di dirimere in condizioni di estrema rapidità ed economicità le questioni sottoposte al giudice, sfociando in un provvedimento provvisorio che non pregiudica il merito della lite.

Originariamente l'accezione giuridica di tale espressione indicava il *rapport* fatto al magistrato, di un fatto che esigeva una pronta decisione e sul quale lo stesso poteva pronunciarsi provvisoriamente ¹⁰.

Le origini di questo procedimento vengono generalmente ricondotte alla *in jus vocatio obtorto collo* prevista dalla legge delle XII Tavole ¹¹, o anche alla, cosiddetta, *clameur de haro*, procedura eccezionale conosciuta nell'antica Normandia che consentiva di statuire rapidamente sulla richiesta di misure d'urgenza ¹².

Il precedente immediato dell'istituto è peraltro costituito dall'editto del 22 gennaio 1685 il quale organizzava la procedura dello Châtelet di Parigi e che, con molta probabilità, recepì e confermò una pratica vigente conferendo al luogotenente civile della città, nei casi espressamente precisati dall'art. 6, il potere di ordinare,

⁹Dizionario Garzanti, diretto da U. Salati, Ed. 16°, 784.

¹⁰Così Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Bruxelles, 1828, Vol. XXVII, 290.

¹¹In questo senso Pigeau, La procédure civile du Châtelet de Paris, Paris, 1787, Vol. II, 114.

¹²M. Boitard, Leçons sur le Code de procédure civile, Paris, 1851, Vol. II, 440; E. Garsonnet, Ch. Cézair-Bru, Traité théorique et pratique de procédure, Paris, 1904, Vol. V, 284.

<< *s'il le juge ainsi à propos pour le bien de la justice* >> che << *les parties comparâtront, le jour même, dans son hôtel, pour y être entendues, et être par lui ordonner par provision ce qu'il estimera juste, sans frais ni vacation à son égard.* >>¹³

La procedura fu recepita ed ampliata dal Code de procédure civile del 1806 e da allora ha subito quella che R. Perrot ha definito una << *irrésistible ascension* >>¹⁴, giustificata dalla continua crescita del contenzioso ma anche da una modificazione qualitativa dello stesso, che fa del fattore tempo uno degli elementi essenziali per una giustizia effettiva¹⁵. A ciò si è affiancato il crescente favore con cui i pratici hanno guardato a questa procedura, suscettibile di un vasto impiego e capace di fornire provvedimenti rapidi e poco costosi, ma anche la simpatia e la fiducia del legislatore nell'idea, forse illusoria, di poter così rimediare ai mali della giustizia francese in gran parte dovuti alla complessità e alla lentezza del processo ordinario¹⁶.

Queste circostanze hanno costituito l'*humus* nel quale il référé si è sviluppato seguendo due direttrici che hanno rispettivamente interessato, l'una, la progressiva estensione della procedura a tutte le giurisdizioni in cui si articola il sistema

¹³Garsonnet, César-Bru, op. loc. cit., 284; Ch. Cézard-Bru, P. Hébraud, J. Seignolle, La juridiction du président du tribunal, Paris, 1957, Vol. I, Des référés, 21ss; Merlin, cit., 291.

¹⁴R. Perrot, L'évolution du référé, Mélanges Hébraud, Toulouse, 1981, 645.

¹⁵Perrot, cit., 646, osserva come nel XIX secolo le liti giudiziarie concernessero essenzialmente azioni di rivendica di terreni, questioni successorie o problemi connessi alla liquidazione del regime patrimoniale tra i coniugi mentre ai nostri giorni, una parte importante della massa contenziosa è costituita da cause risarcitorie, indennità di licenziamento, affidamento di minori o corresponsione di alimenti e cioè da situazioni che, per loro natura, necessitano di una giustizia pronta poichè al decorrere del tempo è inevitabilmente connesso un aggravamento del danno.

Sul punto dello stesso Autore, V. anche Les mesures provisoire en droit français, in Les mesures provisoires en procédure civile, Atti del colloquio internazionale. Milano, 12- 13 ottobre 1984, Milano, 152 ss..

¹⁶R. Martin, Le référé théâtre d'apparence, Dalloz, 1979, Chron., 160.

giudiziario francese ¹⁷, sì da avere un référé per ogni materia, e l'altra, il continuo accrescersi del ruolo svolto da questo procedimento, dovuto al costante ampliamento dei suoi presupposti d'applicazione che il legislatore ha attuato con interventi successivi, svincolando lentamente l'istituto dall'originaria ed imprescindibile condizione d'urgenza ed a cui ha sinergicamente contribuito la pratica giurisprudenziale ¹⁸.

2. ESTENSIONE DEL PROCEDIMENTO DI REFERE: DALLA GIURISDIZIONE DI DIRITTO COMUNE ALLE GIURISDIZIONI D'ECCEZIONE

L'editto del 22 gennaio 1685 enumerava espressamente i casi in cui il luogotenente civile della città di Parigi poteva statuire in référé, nell'esercizio di un potere

¹⁷Il sistema giurisdizionale francese contempla quali organi giudiziari di prima istanza: a) il *Tribunal de grande instance* (artt. da R. 311-1 a R. 311-6, Code de l'organisation judiciaire), il quale costituisce la giurisdizione di diritto comune in virtù dell'art. R. 311-1, C.o.j., che gli conferisce una competenza generale in materia civile con il limite di quelle controversie che la legge attribuisce espressamente alla competenza di un'altra giurisdizione.

Questo giudice è investito della competenza esclusiva per talune particolari controversie nelle quali decide <<in primo ed ultimo grado>> quando il valore delle stesse è inferiore o uguale a 13.000 franchi (art. R. 311-2, C.o.j.);

b) il *Tribunal d'instance* (artt. da R. 321-1 a R. 321-23, C.o.j.), la cui competenza d'attribuzione è in linea di principio, limitata alle questioni civili di valore inferiore a 30.000 franchi; per le azioni personali e per quelle relative a beni mobili conosce <<in primo ed ultimo grado>> fino al valore di 13.000 franchi secondo quanto disposto dalle norme dettate in materia;

c) il *Tribunal de commerce* (artt. L. 411-1, L. 411-3, R. 411-1, R. 411-3, C.o.j.), competente in materia commerciale ivi compresi i contratti di tale natura;

d) il *Conseil de prud'hommes*, competente per le controversie inerenti alla materia del lavoro secondo le disposizioni di cui agli artt. L. 511-1 e segg. del Code du travail; conosce <<in primo ed ultimo grado>> per le questioni di valore non superiore a 19.360 franchi (art. L. 517-1, C. trav.) ma tale ammontare è annualmente rivedibile per decreto;

e) il *Tribunal paritaire de baux ruraux*, competente in materia agraria ai sensi degli artt. 880, N.c.p.c., e dell'art. L.443-1, C.o.j.; pronuncia <<in primo ed ultimo grado>> nei medesimi limiti di valore fissati per la stessa ipotesi al tribunal d'instance (art. L. 443-1, C.o.j.).

Per ampie indicazioni in ordine all'articolazione del sistema giurisdizionale francese: R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Paris, 1994, 96 ss.; J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile*, Paris, 1994, 183 ss..

¹⁸J. Seignolle, *De l'évolution de la juridiction des référés*, J.C.P., 1954, Doctr., 1200; *Infra* par. 19.

esercitato <<per il bene della giustizia>>¹⁹, che la dottrina successiva, formatasi relativamente alle disposizioni del Code de procédure civile del 1806 che avevano recepito l'istituto, considerò più una manifestazione di *imperium* che di *jurisdictio* poichè <<destinata a far regnare un ordine di cose conforme al diritto>>²⁰.

L'ambito applicativo della disposizione non era determinato con espresso riferimento al requisito dell'urgenza ma tale presupposto emergeva a livello di *ratio legis*, costituendo il fondamento logico-giuridico della tipizzazione normativa delle ipotesi di esperibilità dello stesso²¹, concernenti: le persone che avessero subito restrizioni alla loro libertà in giorni festivi, nei quali lo Châtelet non poteva, pertanto, essere adito secondo la procedura ordinaria; i provvedimenti necessari ad evitare il deperimento di merci; le questioni sorte nel corso delle procedure esecutive ivi comprese le *saisie* e l'apposizione o rimozione di sigilli; il pagamento di pensioni alimentari; la corresponsione di salari agli operai e agli artigiani che non disponessero di contratto scritto.

¹⁹Garsonnet, César-Bru, cit., 284.

²⁰César-Bru, Hébraud, Seignolle, La juridiction du président du tribunal, cit., 15.

Questi stessi Autori definiscono il référé una *mesure d'administration* che si ricollega ad una lite "senza essere essa stessa una lite", traendo da questa osservazione la conclusione che non si tratti "di una istanza propriamente contenziosa", poichè non mette in gioco i diritti delle parti: <<Le référé, destiné seulement à ordonner des mesures urgentes ne préjudiciant pas au fond, est une mesure d'administration se rattachant à un litige, mais ne constitue pas lui-même un litige. Il n'est donc pas une véritable instance contentieuse, parce qu'il ne pas en jeu les droits des parties.>> (*op. cit.*, 125).

Per contro, secondo Giverdon, l'affermazione secondo la quale il potere del giudice dei référé era espressione precipua di *imperium*, non ha mai posto seriamente in dubbio la natura contenziosa di questi provvedimenti a favore di un loro inquadramento tra le attività sostanzialmente amministrative degli organi giurisdizionali: C. Giverdon, Voce Référé: Définition et caractères. Procédure. Ordonnance, voies de recours, Juris-Classeur de procédure civile, Vol. III, fasc. 232, 7; Cfr. F. Tommaseo, I provvedimenti d'urgenza, Padova 1983, 105.

²¹La dottrina occupatasi delle disposizioni concernenti il référé contenute nell'editto del 1685, rinviene costantemente nell'urgenza delle circostanze il fondamento dell'istituto: così Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, cit., 290, parla di <<fatto che esige una pronta decisione>>; Boitard, Leçons sur le Code de procédure civile, cit., 440, fa espresso riferimento al référé quale istituto <<subordinato all'urgenza>>; César-Bru, Hébraud, Seignolle, La juridiction du président, cit., 22, ricordano come il luogotenente civile tenesse il mercoledì ed sabato le udienze relative alla <<spedizione delle cause urgenti>>.

Pur in presenza di tale enumerazione, l'art. 6 dell'editto conferiva al giudice poteri discrezionali di latitudine già molto ampia poichè, all'individuazione delle circostanze di invocabilità del référé, non faceva riscontro altrettanta tipizzazione del contenuto del provvedimento suscettibile di essere ordinato, il quale era rimesso al potere discrezionale del luogotenente civile ed al suo senso di giustizia²².

Il Code de procédure civile del 1806 recepì l'istituto estendendolo a tutta la Francia e organizzando i relativi poteri come prerogativa esclusiva del presidente del tribunale civile (divenuto *tribunal de grande instance* a seguito delle riforme dell'ordinamento giudiziario del 1958)²³.

La scelta di conferire questa particolare competenza al presidente della giurisdizione di diritto comune, riposava su quella stessa idea che aveva condotto a trasferire allo stesso organo l'incarico di conciliare le parti, il quale originariamente spettava ai giudici di pace ma che, probabilmente per l'insufficiente autorità morale di cui gli stessi godevano, non aveva condotto a risultati apprezzabili²⁴.

Lo spirito con cui il codice accolse il procedimento di référé era ancora quello che

²²César-Bru, Hébraud, Seignolle, cit., 22; Merlin, cit., 290 ss.

L'art. 6 dell'editto del 22 gennaio 1685 disponeva: <<Quand il s'agira de la liberté de personnes qualifiées ou constituées en charge, de celle de marchands et négocians emprisonnés à la vielle de plusieurs fêtes consécutives, ou des jours auxquels on n'entre pas au châtelet; lorsqu'on demandera la main levée des marchandises prête à être envoyées, et dont les voituriers seront chargés, ou qui peuvent dépérir; du paiement que des hôteliers ou des ouvriers demandent à des étrangers pour des nourritures et fournitures d'habits ou autres choses nécessaires; lorsqu'on réclamera des dépôts, gages, papiers ou autres effets divertis; si le lieutenant civil le juge ainsi à propos pour le bien de la justice, il pourra ordonner que les parties comparâtront, le jour même, dans son hôtel, pour y être entendues, et être par lui ordonné par provision ce qu'il estimera juste, sans frais ni vacation à son égard.>>

²³Ordonnance del 22 dicembre 1958; per indicazioni sull'evoluzione storica della giurisdizione civile francese V. R. Perrot, Institutions judiciaires, cit., 98 ss..

²⁴César-Bru, Hébraud, Seignolle, cit., 14.

concepiva l'istituto come una procedura speciale e derogatoria anche se Réal, anziano procuratore allo Châtelet, nel suo rapporto al Consiglio di Stato, auspicava che nei dipartimenti l'uso del procedimento di référé si diffondesse come nella capitale, così consentendo <<l'estinzione completa e definitiva di un'immensa quantità di contestazioni, che, agli occhi della legge, non sono giudicate che provvisoriamente>>²⁵.

In proposito Perrot osserva come nella terminologia giuridica del tempo si fosse soliti parlare già di una <<giurisdizione dei référé>> ma che, a tale espressione, non corrispondeva una realtà effettiva: il giudice incaricato dei référé era, invero, una semplice emanazione della giurisdizione cui apparteneva e la sua competenza coincideva esattamente con quella della giurisdizione stessa e non poteva estendersi alle materie riservate ai giudici d'eccezione²⁶.

Tuttavia, rispetto alle disposizioni previgenti, il Code de procédure civile apportò un primo significativo ampliamento dell'ambito di applicabilità della procedura, espungendo dal testo normativo l'enumerazione dei casi di invocabilità della stessa e facendone, secondo le previsioni dell'art. 806 C.p.c., una procedura generale, estesa a tutte le ipotesi in cui ricorresse l'urgenza. L'unico caso specifico che rimase espressamente individuato, fu quello della ricorribilità all'istituto ogni qualvolta si presentassero difficoltà nel corso dell'esecuzione di un titolo esecutivo

²⁵Si riporta la citazione di Réal (tratta da E. Glasson, A. Tissier, *Traité de procédure civile*, Paris, 1926, Vol. II, 14), in lingua francese: <<l'extinction complète et définitive d'une immense quantité de contestations, qui, aux yeux de la loi, ne sont jugées que provisoirement>>.

²⁶R. Perrot, *L'évolution du référé*, cit., 647.

Attualmente i processualisti francesi riconoscono pressochè concordemente il carattere autonomo della giurisdizione dei référé; in tal senso R. Perrot, *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, Riv. dir. proc., 1975, 247 ss.; César-Bru, Hébraud, Seignolle, cit., 14; *contra* C. Giverdon, voce Référé, Juri-classeur, cit., 7.

o di una pronuncia giurisdizionale ²⁷.

In materia commerciale i redattori del *Code de procédure* non giudicarono necessario istituire un *référé* commercial analogo all'istituto vigente per le questioni civili, valutando le caratteristiche proprie di tale giurisdizione d'eccezione, di per sè idonee a consentire una celere soluzione delle controversie, tra l'altro numericamente più esigue rispetto al contenzioso gravante sui tribunali di diritto comune ²⁸.

A fianco delle norme che consentivano di abbreviare i tempi del procedimento, quali la citazione a giorno fisso (*assignation à jour fixe*), o la dispensa dal tentativo preliminare di conciliazione, il legislatore commerciale del 1807 prevede la possibilità di ottenere nei casi urgenti, su semplice requête ²⁹, provvedimenti conservativi su beni mobili od effetti mobiliari ³⁰, mentre il *Code de commerce*, anch'esso risalente al 1807, aprì con l'art. 106, la via del *référé* al presidente del *tribunal de commerce*.

²⁷Il *Code de procédure civile* regolava l'istituto del *référé* negli articoli da 806 a 811.

L'art. 806 espressamente disponeva: <<*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, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé ci-après*>>.

In materia: E. Glasson, A. Tissier, *Traité de procédure civile*, cit., 9 ss..

²⁸F. Renoux, *Le référé en première instance*, Th. 1976-1977, Marseille, 22.

²⁹La requête costituisce una "procedura rapida" prevista per i casi d'urgenza che l'odierno Nouveau *Code de procédure civile* regolamenta negli articoli da 493 a 498 oltre che nelle disposizioni specifiche dettate per ciascuna giurisdizione (gli artt. 812, 851, 874 e 897, N.c.p.c., regolano l'istituto rispettivamente di fronte al *tribunal de grande instance*, al *tribunal d'instance*, al *tribunal de commerce* e al *tribunal de baux-ruraux*: di fronte alla *cour d'appel* l'esperibilità della requête è regolata dall'art. 958 del medesimo codice, mentre la stessa non riceve una disciplina specifica nell'ambito del *conseil de prud'hommes* rientrando, pertanto, nella competenza del *tribunal de grande instance* quale giurisdizione di diritto comune).

Come il *référé*, la requête sfocia in provvedimenti provvisori ma il dato peculiare che fondamentale la distingue dal primo, è dato dallo svolgersi del procedimento *inaudita altera parte*; V. *infra* par. 21.

In materia: P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Paris, 1990, 187 ss.; Y. Desdevises, voce *Ordonnances sur requête*, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., 1984, Vol. III; Ch. César-Bru, P. Hébraud, J. Seignolle, *La juridiction du premier président. Des ordonnances sur requête*, Paris, 1952, Vol., II.

³⁰Glasson, Tissier, cit., 62; Renoux, cit., 22.

Quest'ultima disposizione non poteva tuttavia considerarsi il *pendent* in materia commerciale del *référé* civile, poichè i poteri conferiti al giudice d'eccezione erano limitati alle ipotesi espressamente indicate nella norma, quali la nomina di un esperto in caso di rifiuto o di contestazioni relative alla ricezione di merci trasportate, le difficoltà concernenti l'apposizione o la rimozione di sigilli, l'inventario, ovvero, in materia fallimentare, le questioni occasionate dalla vendita dei beni mobili del fallito ³¹.

Malgrado la presenza di questi istituti, l'accrescersi dei commerci e della complessità delle relazioni verificatisi nel XX° secolo, fece ben presto sorgere l'esigenza di estendere al campo commerciale i vantaggi connessi al *référé* così come concepito in materia civile e che la procedura vigente di fronte alla giurisdizione d'eccezione non contemplava: le pronunce contumaciali emesse dai tribunali commerciali erano suscettibili di opposizione mentre le ordinanze di *référé* prese nelle stesse circostanze, sfuggivano al tale mezzo di ricorso; il giudice dei *référé* poteva ordinare l'esecuzione <<*sur minute*>>, cioè in base all'originale del provvedimento e senza la preventiva notifica dello stesso alla parte contro la quale era diretto, facoltà che invece non competeva al giudice commerciale; il termine per proporre appello contro l'ordinanza di *référé* era di quindici giorni mentre quello ordinario della procedura commerciale di due mesi e la decisione non beneficiava dell'esecutorietà di diritto.

Per ovviare alla lacuna legislativa ed estendere i benefici propri del *référé* anche alla giurisdizione commerciale, una parte della dottrina aveva proposto

³¹Relazione alla legge dell'11 marzo 1924, Dalloz, 1924, IV, 143, punto (1), n. 2.

un'interpretazione estensiva dell'art. 806, C.p.c., tale da comprendere *tutti* i casi d'urgenza quale che fosse la natura delle controversie³². A sostegno di questa tesi si invocava l'ampiezza dei termini con cui tale disposizione concepiva l'intervento del giudice dei *référé*, aperto <<*dans tous les cas d'urgence*>>, senza distinzioni o precisazioni circa le questioni di carattere civile o commerciale³³.

Il non accoglimento da parte della giurisprudenza di questa posizione ermeneutica³⁴, portò all'elaborazione di diversi progetti di legge che sfociarono nell'adozione del decreto dell'11 marzo 1924 il quale, con articolo unico, istituì il *référé* commercial aggiungendo all'art. 417 del Code de procédure civil la seguente disposizione:<<*Le président du tribunal de commerce ou le juge qui le remplace pourra être saisi par la voie du référé, dans tous les cas d'urgence, à la condition qu'ils rentrent dans la compétence des tribunaux de commerce*>>³⁵.

Il decreto estese quindi alla giurisdizione commerciale gli stessi poteri previsti in materia di *référé* per il presidente del tribunale civile: per contro, il presidente del

³²Garsonnet, César-Bru, cit., 290 ss.

³³Sul punto V. anche la Relazione alla legge dell'11 marzo 1924, cit., 143, punto (1), n. 2.

³⁴Cour app. Paris 24 luglio 1911, Sirey et Pandectes chron., 1912, II, 49; Cour app. Lyon 20 marzo 1920, Gaz. Pal., 1920, II, 328; Cass. 17 maggio e 6 dicembre 1922, Dalloz, 1922, I, 185.

Tuttavia prima dell'istituzione del *référé* commercial, la giurisprudenza affermava il carattere puramente relativo dell'incompetenza del presidente del tribunale civile, considerata *ratione personae* poichè <<*l'incompétence du président doit avoir le même caractère que celle du tribunal, et l'incompétence du tribunal civil en matière commerciale est seulement relative*>>; questa argomentazione è considerata <<contestabile>> da César-Bru, Hébraud, Seignolle, La juridiction du président du tribunal, cit., 44, da cui è tratta la frase virgolettata; sul punto V. anche: Seignolle, De l'évolution des *référés*, cit., n. 16; Garsonnet, César-Bru, Traité de procédure, cit., 292.

In giurisprudenza: Cour app. Paris 28 gennaio 1893, Dalloz, 1893, II, 337; 19 giugno 1895, id., 1895, II, 512; Cour app. Lyon 10 marzo 1937, id., 1938, II, 88; Trib. civ. Toulouse 10 febbraio 1948, J.C.P., Ed. A, 1949, IV, 1158, oss. Madray.

³⁵L'articolo unico del decreto dell'11 marzo 1924, derivò dalla scorporazione della norma relativa al *référé* commercial da un più ampio progetto di legge presentato dall'allora ministro della giustizia R. Viviani il 23 dicembre 1915, il quale prevedeva anche l'estensione del *référé* davanti al tribunale civile. L'interesse ad istituire rapidamente la procedura difronte alla giurisdizione commerciale, indusse peraltro all'adozione di un emendamento che separava questo istituto dal resto della riforma: Relazione, cit., 143, punto (1), n. 10.

tribunal de commerce non aveva, secondo l'art. 422, C.p.c., la competenza per conoscere delle difficoltà sorte in fase di esecuzione delle sue stesse decisioni le quali dovevano, pertanto, essere portate alla cognizione del presidente del tribunale civile del luogo in cui avveniva l'esecuzione ai sensi dell'art. 553, C.p.c.; i tribunali civili restavano inoltre gli unici competenti a conoscere delle domande relative alla concessione delle *saisie-arrêt*³⁶.

In materia agraria la regolamentazione del procedimento di *référé* fu pressoché coeva alla creazione di questa particolare giurisdizione, la cui origine risale ad una legge del governo Vichy del 4 settembre 1943 che, nel quadro di una politica corporativa, creò delle commissioni paritetiche elette dalle sezioni cantonali dei sindacati agricoli³⁷.

All'indomani della Liberazione, un'ordinanza del 4 dicembre 1944 riorganizzò l'istituzione apportando sensibili modifiche, da cui derivarono l'attribuzione della presidenza della stessa ad un magistrato di carriera e la creazione di un doppio grado di giudizio³⁸.

L'articolo 25 di tale ordinanza consacrava l'esperibilità della procedura d'urgenza

³⁶Relazione, cit., 144, punto (2), nn. 3 e 4.

La *saisie-arrêt*, era disciplinata dagli artt. 557-580 del Code de procédure civile e consisteva in un istituto equiparabile al nostro pignoramento di crediti presso terzi.

Attualmente è stata abrogata e sostituita dalla *saisie-attribution* dalla riforma delle procedure civili di esecuzione intervenuta in Francia con legge del 9 luglio 1991, n. 91-650 e con decreto del 31 luglio 1992, n. 92-755.

Per indicazioni su tale riforma: R. Perrot, La riforma francese delle procedure civili d'esecuzione, Riv. dir. proc., 1992, 209; J. Vincent, J. Prévault, Voies d'exécution, Paris, 1993; G. Couchez, Voies d'exécution, Paris, 1994.

³⁷Perrot, Institutions judiciaires, cit., 138.

³⁸L'assetto attuale dei tribunaux paritaires des baux ruraux deriva dal successivo decreto del 22 dicembre 1958, n. 58-1293 il quale sopprime i tribunaux paritaires d'arrondissement che costituivano gli organi giudiziari d'appello; oggi, conseguentemente, questa giurisdizione è costituita dai soli tribunali di primo grado e l'appello è devoluto alla competenza della Chambre sociale della cour d'appel.

In materia, Perrot, cit., 138; R. Savatier, La réforme judiciaire et la compétence des tribunaux des baux ruraux, Dalloz, 1960, Chron., 127; J. Rives, La compétence d'attribution des tribunaux paritaires, J.C.P., 1964, I, 1839.

per le materie rientranti nelle attribuzioni della giurisdizione agraria ma manteneva per le stesse, la competenza del tribunale civile: <<La compétence des commissions instituées par la présente ordonnance exclut celle de toute autre juridiction, à l'exception de la juridiction des référés qui reste compétente dans les conditions prévues par les articles 806 et suivants du Code de procédure civile >>³⁹.

Fu la legge del 13 aprile 1946, divenuta l'art. 981 del Code rural, che conferì un proprio potere in référé al presidente della giurisdizione agraria, modificando così l'originario art. 25 dell'ordinanza del 1944. Tale competenza, che si estendeva a tutte le materie riservate alla stessa giurisdizione, comprendeva anche le difficoltà scaturenti dall'esecuzione delle pronunce sia di primo che di secondo grado⁴⁰.

Il decreto del 5 dicembre 1975, n. 75-1123, istitutivo del Nouveau Code de procédure civile, ha recepito il référé rural nei medesimi termini, nelle disposizioni di cui agli artt. da 893 a 896.

Il référé prud'homal -relativo alla materia del lavoro deferita alla competenza del conseil de prud'hommes- ed il référé difronte al tribunal d'instance, rappresentano l'estensione giurisdizionale più recente dell'istituto.

La costituzione del conseil de prud'hommes risale ad una legge napoleonica del 18

³⁹Renoux, Le référé en première instance, cit., 24.

⁴⁰L'art. 981 del Code rural testualmente disponeva: <<Dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement des tribunaux paritaires de canton ou d'arrondissement, la demande sera portée à une audience tenue à cet effet par le président du tribunal paritaire cantonal, aux jour et heure indiqués par ce tribunal. Les articles 809, 810 et 811 du Code de procédure civile sont applicables à cette procédure>>.

L'art. 20 del decreto del 22 dicembre 1958, n. 58-1293, riprese la stessa disposizione apportandovi tuttavia la modifica relativa alla fissazione delle udienze che non fu più stabilita dal tribunale ma rimessa al giorno e all'ora stabiliti dal presidente stesso.

César-Bru, Hébraud, Seignolle, La juridiction du président du tribunal, cit., 575 ss.; Renoux, cit., 25.

marzo 1806 la quale fece rivivere l'istituzione, già esistente nell'epoca dell'Ancien Régime ma soppressa nel periodo rivoluzionario a causa del suo carattere corporativo ⁴¹.

Data la pressochè contestuale rinascita di tale giurisdizione con l'emanazione del Code de procédure civile, quest'ultimo niente prevede circa le procedure d'urgenza esperibili nelle materie deferite alla competenza del conseil.

Solus e Perrot osservano tuttavia, come il *permanere* dell'assenza di siffatte previsioni, fosse originariamente legato -com'era avvenuto in campo commerciale- alla convinzione diffusa di una sostanziale inutilità di un procedimento rapido che si discostasse dalle regole ordinarie dettate per il processo prud'homal considerato, per le sue caratteristiche intrinseche, idoneo a provvedere alle richieste di giustizia in condizioni di celerità ed estrema semplicità⁴².

Quest'idea fu ben presto contraddetta dalla pratica nella quale si presentavano spesso questioni urgenti per le quali la procedura speciale in vigore presso la giurisdizione, rapida che fosse, non permetteva di ottenere provvedimenti con quella immediatezza che solo il référé poteva procurare.

La dottrina, facendo leva sull'art. 57 della legge del 30 marzo 1808 il quale disponeva che <<*le président du tribunal tiendra l'audience des référés à laquelle seront portés tous les référés pour quelque cause que ce soit*>>, propose di estendere la competenza in référé del presidente del tribunale civile anche alle controversie di lavoro, così come era stato sostenuto per la giurisdizione commerciale ma, come per quella, la giurisprudenza francese non accolse questa

⁴¹Perrot, *Institutions judiciaires*, cit., 128.

⁴²H. Solus, R. Perrot, *Le référé prud'homal*, Dalloz, 1975, Chron., n. 1.

soluzione ermeneutica per le controversie che gli artt. 1 e 80 del Code du travail, attribuivano alla competenza esclusiva del conseil de prud'hommes ⁴³.

Da ciò conseguì l'impossibilità di ricorrere all'istituto del référé quando, ad esempio, fosse negato l'accesso in fabbrica ad un delegato del personale irregolarmente licenziato o quando fosse sospesa la corresponsione del salario ⁴⁴ mentre, per le liti che sfuggivano dalla competenza della giurisdizione prud'homale, quali le controversie collettive di lavoro, l'esperibilità del référé restava possibile secondo le norme generali dettate per il tribunale civile ⁴⁵.

Tale situazione, foriera di disequilibri in punto di tutela poichè in una materia virtualmente unica quale quella del lavoro, consentiva l'adozione di provvedimenti d'urgenza solo per le questioni escluse dalla giurisdizione del conseil de prud'hommes, si perpetuò per molto tempo, accrescendo progressivamente la necessità di adottare istituti capaci di riportare l'armonia nel sistema.

A fronte di queste esigenze cominciò così a maturare nella dottrina francese il progetto di creare un référé prud'homal che sfociò, a seguito del VI° Congresso nazionale della *Prud'homie française* tenutosi a Tolona nel 1911, nella proposta di estendere a tale giurisdizione gli artt. da 806 a 811 del Code de procédure civile, conferendo al presidente della stessa, i medesimi poteri spettanti al presidente del tribunale civile ⁴⁶.

⁴³César-Bru, Hébraud, Seignolle, cit., 93; Y. Saint-Jours, Le juge des référés en droit du travail, J.C.P., 1974, Doctr., 2648, n. 1.

Cass. 25 luglio 1895, Dalloz, 1896, I, 180; Cass. soc. 14 novembre 1952, Recueil d'arrêts de Sirey, 1953, I, 64.

⁴⁴Cour appel Lyon 4 ottobre 1954, Dalloz, 1955, Somm., 76.

⁴⁵Saint-Jours, cit., n. 1.

⁴⁶La proposta concepita in occasione del Congresso di Tolona testualmente prevedeva: <<Que les articles 806 à 811 du code de procédure civile s'étendent à notre juridiction et que le président du conseil de prud'hommes puisse exercer le référé comme le président du tribunal de première instance>>, riportata da Saint Jours, cit., n. 26.

Tale suggerimento non fu tuttavia accolto dal legislatore per gli inconvenienti ad esso legati: da una parte veniva, infatti, mal concepita l'idea di istituire una giurisdizione a giudice unico, come quella di *référé*, nel quadro organizzativo del *conseil de prud'hommes*, strutturato a formazione paritetica; d'altro canto, la natura di giurisdizione d'eccezione di quest'ultimo, impediva che lo stesso potesse conoscere delle difficoltà sorte in corso di esecuzione di un titolo esecutivo o di una sua pronuncia ⁴⁷.

Nel 1958, l'articolo 74 del decreto del 22 dicembre, n. 58-1292, per velocizzare la procedura, estese al *conseil de prud'hommes* l'applicazione del procedimento urgente previsto dall'art. 1033-1 del *Code de procédure civile*, conferendo al presidente dello stesso, la facoltà di ridurre, su semplice *requête*, i termini di comparizione delle parti nonchè di autorizzare l'attore a citare il convenuto a giorno fisso ⁴⁸.

La tappa successiva di questa produzione legislativa tesa ad ad ovviare alle lungaggini del processo, fu rappresentata dal decreto del 9 settembre 1971, n. 71-740, ⁴⁹ il quale costituì un momento fondamentale del corso evolutivo del *référé*: questa legge recepì infatti, l'esigenza ormai diffusa di una generalizzazione dei poteri conferiti dall'istituto al presidente del tribunale civile (ora *tribunal de grande instance*), sì da estendere i vantaggi connessi alla procedura, ad ogni

⁴⁷Solus, Perrot, *Le référé prud'homal*, cit., n. 1.

⁴⁸Saint-Jours, cit., n. 27, nota n. 44.

Il testo dell'art. 1033-1 del *Code de procédure civile* -abrogato dal successivo decreto del 28 agosto 1972, n. 72-788, concernente nuove disposizioni in materia processuale civile (J.C.P., 1972, III, 39468 bis, 39691, 39750)- disponeva: << *En cas d'urgence reconnue, tout délai de comparution peut être réduit par décision du président de la juridiction ou de son délégué rendue sur simple requête et non susceptible de recours.*

Dans les mêmes conditions, il pourra être donné autorisation d'assigner à jour fixe>>.

⁴⁹Per il rapporto relativo al decreto del 9 settembre 1971, n. 71-740, V. *Gaz. Pal.*, 1971, II, *Doct.*, 550.

materia.

L'art. 110 di tale decreto, abrogò le disposizioni del Code de procédure civile che regolavano l'istituto (artt. da 806 a 811, C.p.c., i quali costituivano il titolo XVI° del libro V° della prima parte del codice), adottando in loro vece l'organizzazione e la struttura che successivamente fu recepita ed integrata dal Nouveau Code de procédure civile; nel primo comma dell'art. 73 fu stabilito che il potere attribuito al presidente del tribunal de grande instance, di decidere in référé nei casi d'urgenza, si estendesse <<à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé>>⁵⁰.

In materia di lavoro ciò significò la possibilità di ottenere dal presidente della giurisdizione di diritto comune, un intervento in référé anche per quelle controversie rientranti nella giurisdizione del conseil de prud'hommes.

Preziosa e utile che fosse, questa soluzione implicava tuttavia gravi inconvenienti e, segnatamente, nelle ipotesi in cui la necessità di un provvedimento urgente si presentasse quando fosse già pendente il giudizio di merito difronte alla giurisdizione prud'homale: in questi casi la parte era infatti costretta -data l'incompetenza in materia di référé del giudice del lavoro- ad istaurare una procedura parallela difronte al presidente del tribunal de grande instance, il che comportava una dispersione di attività processuali e, soprattutto, spese assai elevate⁵¹.

Fu per rimediare a questa situazione e alle pressanti richieste provenienti ormai

⁵⁰J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, cit., 204; Solus, Perrot, Le référé prud'homal, cit., n. 1.

⁵¹Solus, Perrot, cit., n. 1.

anche dalle forze sociali ⁵², che il decreto del 12 settembre 1974, n. 74-783, in un quadro di sviluppo e di perfezionamento del processo del lavoro, istituì il *référé prud'homal* modificando gli artt. R. 515-4 e da R. 516-30 a R. 516-35, del Code du travail.

In considerazione della necessità di combinare la struttura a formazione paritetica della giurisdizione prud'homale con la caratteristica unicità del giudice dei *référé*, tale decreto stabilì che le udienze relative a questi procedimenti fossero tenute da un consigliere <<*prud'homme employeur*>> e da un consigliere <<*prud'homme salarié*>>, entrambi eletti a questo fine dall'assemblea generale (art. R. 515-4, secondo comma, Code trav.); il terzo comma dell'art. R. 515-4, Code trav., prevedeva tuttavia la facoltà per l'assemblea generale del conseil de prud'hommes o di una delle sue sezioni, di designare per tali funzioni il presidente, il vice presidente o un consigliere della giurisdizione ⁵³.

L'ambito di applicabilità dell'istituto non comprendeva peraltro "tutti i casi d'urgenza" come avveniva per la materia civile, ma era limitato alle ipotesi espressamente indicate dall'art. R. 516-18 del Code du travail, considerate tassative e, pertanto, di stretta interpretazione: il giudice del lavoro poteva così ordinare il versamento di una provvisoria sul salario o sulle indennità spettanti ai lavoratori quando tali crediti non fossero seriamente contestabili; poteva disporre sotto astreinte, la consegna dei bollettini di pagamento relativi alla retribuzione (*bulletins de paie*), dei certificati di lavoro e di tutti gli altri

⁵²Cfr. il Rapporto delle *Grandes centrales syndicales ouvrières*, pubblicato nel numero speciale La *jurisdiction du travail en France*, della Rivista *Droit social*, n. 2, febbraio 1974, S. 59.

⁵³In senso critico verso tale scelta, Solus e Perrot, cit., n. 3.

documenti che il datore fosse tenuto a consegnare; poteva, infine, disporre l'assunzione dei provvedimenti di istruzione, quando ciò fosse giustificato dall'urgenza⁵⁴.

Il decreto del 23 novembre 1979, n. 79-1022, intervenne nuovamente in materia organizzando una "formazione di référé" presso ogni conseil de prud'hommes e conferendo alla stessa poteri di latitudine pari a quella conferita ai giudici di référé appartenenti alle altre giurisdizioni⁵⁵.

Attualmente il référé prud'homal è disciplinato dagli artt. L. 515-1 e seguenti e da R. 516-30 a R. 516-36 del Code du travail⁵⁶.

La chiusura del sistema di competenze in materia di référé, si deve al decreto del 5 dicembre 1975, n. 75-1123, relativo all'emanazione del Nouveau code de procédure civile, il quale ha completato l'estensione giurisdizionale dell'istituto con la creazione del référé difronte al tribunal d'instance.

Prima di tale decreto non si poteva parlare dell'esistenza di un référé generale presso questa giurisdizione ma l'istituto non era alla stessa completamente ignoto, esistendo norme particolari che avevano aperto questa via procedurale ad alcune ipotesi specialmente precisate⁵⁷.

Le leggi del 18 luglio 1898 e 30 novembre 1906, conferirono al *juge de paix*⁵⁸ un potere in référé in materia di *warrant agricole* e la legge del 12 luglio 1905, gli

⁵⁴Saint-Jours, *Le juge des référés en droit du travail*, cit., n. 36; Renoux, cit., 30.

⁵⁵P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Paris, 1990, 146 ss., cui appartiene l'espressione virgolettata.

⁵⁶Per la disciplina attuale del référé prud'homal V. Estoup, cit., 146 ss.; Vincent, Guinchard, *Procédure civile*, cit., 249 ss.

⁵⁷Vincent, Guinchard, *Procédure civile*, cit., 232.

⁵⁸I giudici di pace costituiscono nel sistema giurisdizionale francese, gli antenati dei tribunali d'*instance*, nei quali i primi furono trasformati a seguito delle riforme dell'ordinamento giudiziario avvenute con decreto del 22 dicembre 1958, n. 58-1273; in tema V. Perrot, *Institution judiciaires*, cit., 108 ss..

attribuì analoga competenza per le *saisies-arrêts* rientranti nelle sue attribuzioni⁵⁹.

Al di fuori dei casi espressamente regolati a livello normativo, l'esperimento del *référé* rimaneva escluso, essendo giudicata improponibile la relativa domanda al presidente della giurisdizione civile, considerato assolutamente incompetente nelle materie deferite alla cognizione -prima- dei giudici di pace e -poi- del *tribunal d'instance*⁶⁰.

D'altra parte la rapidità del processo dettato di fronte a questi ultimi, la semplicità delle forme procedurali con le quali gli stessi potevano essere aditi, la brevità dei termini ma anche, e non ultima, la difficoltà di concepire il conferimento a questi magistrati la qualità di giudici dei *référé*, allorché essi stessi erano già giudici unici del merito della lite⁶¹, non facevano sentire in maniera pressante la necessità di istituire un *référé* generale per questa giurisdizione, al punto che non si rinviene in questo campo quello stesso movimento dottrinale tendente ad estendere la competenza del presidente della giurisdizione civile, che invece abbiamo visto essere esistito per le materie commerciali e del lavoro⁶².

E' peraltro evidente che anche per le questioni deferite alla competenza del *tribunal d'instance*, dovessero presentarsi quelle esigenze di immediatezza proprie del contenzioso moderno e come alle stesse non potesse esser fatto fronte con i mezzi processuali ordinari.

Iniziò così un movimento di riforma di cui fu espressione l'art. 13 del progetto di

⁵⁹J. Seignolle, De l'évolution des *référés*, cit., n. 12.

⁶⁰Sulle ragioni di tale incompetenza assoluta, V. *supra* nota n. 26.

⁶¹In particolare R. Perrot, La compétence du juge des *référés*, Gaz. Pal., 1974, II, 895.

⁶²César-Bru, Hébraud, Seignolle, cit., 43.

modifica del Code de procédure civile del 1955, il quale prevedeva l'estensione al giudice di pace, del potere di rendere ordinanze di référé in tutti i casi urgenti ⁶³.

In attesa di un testo normativo di portata generale, continuavano intanto ad ampliarsi i poteri di référé che il giudice d'instance vedeva conferirsi dal legislatore in casi particolari, quali quelli di cui alla legge del 14 dicembre 1964 che accordava al giudice tutelare -espressione della giurisdizione d'*instance*- estesi poteri d'intervento anche in via di référé ⁶⁴.

Il decreto del 9 settembre 1971 -che abbiamo già avuto occasione di ricordare- consentì il ricorso al presidente del tribunal de grande instance per l'ottenimento di misure urgenti in référé in tutte le materie per le quali non fossero previste disposizioni specifiche, consentendo così siffatta tutela anche per quelle liti deferite alla competenza del tribunal d'instance.

Il Nouveau code de procédure civile, ha infine trasferito i poteri di référé al magistrato dirigente del tribunal d'instance, non ricorrendo presso questo organo la figura del presidente: gli articoli da 848 a 850, N.c.p.c., regolano attualmente l'istituto in termini analoghi a quanto previsto per le altre giurisdizioni.

3. EVOLUZIONE DEL RUOLO DELL'ISTITUTO

Il processo evolutivo di cui il référé è stato protagonista, non ha interessato esclusivamente l'estensione giurisdizionale dell'istituto poichè, nel corso della sua

⁶³César-Bru, Hébraud, Seignolle, cit., 43.

⁶⁴Renoux, Le référé en première instance, cit., 32.

crescita, come osserva Perrot, il référé <<*s'est métamorphosé*>>⁶⁵, in stretta correlazione con lo sviluppo del contenzioso moderno che ne ha accresciuto l'importanza e modificata la funzione.

Abbiamo già precedentemente osservato come nella concezione iniziale del XIX° secolo, il référé non fosse concepito che come provvedimento speciale, eccezionale e derogatorio⁶⁶.

E' pur vero che il Code de procédure civile del 1806, aveva esteso l'istituto a tutti i casi d'urgenza ma il carattere specialistico delle procedura, rimaneva radicato in molta parte della dottrina, riverberandosi sulla collocazione sistematica dello stesso.

Carré, nel suo *Cours élémentaire d'organisation judiciaire* del 1833⁶⁷, nell'intento di fornire una panoramica del sistema giurisdizionale francese, passa sotto silenzio la funzione generale di procedimento d'urgenza svolta dal référé e lo colloca tra i mezzi di esecuzione, quale rimedio agli incidenti che possono verificarsi nel corso della stessa, seguendo la medesima sistematica adottata dal legislatore che aveva posto l'istituto nel titolo XVI° del libro V° del Code de procédure civile, riservato all'esecuzione.

Circa venti anni più tardi tuttavia, la valenza generale dell'istituto ha già prodotto i suoi effetti sulla connotazione dello stesso e sul pensiero dei giuristi dell'epoca.

Boitard si interroga sul perchè i compilatori del Code de procédure non avessero posto il référé nel libro secondo a seguito delle procedure sommarie, nelle quali la

⁶⁵Perrot, *L'évolution du référé*, cit., 647.

⁶⁶Così lo definisce Perrot, *L'évolution du référé*, cit., 647.

⁶⁷G. L. J. Carré, *revu et annoté par V. Foucher*, Paris, 1833, 280.

semplificazione del rito riguardava in particolare la fase istruttoria e si giustificava in ragione della limitata rilevanza e dell'urgenza delle questioni ⁶⁸.

Lo stesso Autore, che definisce "bizzarra" la collocazione dell'istituto nel libro V° del Codice, riconduce le ragioni di tale scelta al particolare punto di vista con cui era stato concepito l'art. 806, che presentava il référé come procedura principalmente diretta a dirimere le difficoltà legate all'esecuzione di un titolo o di una pronuncia, privilegiando questa sua funzione; a ciò si aggiungeva la considerazione del carattere provvisorio delle misure scaturenti da tale procedimento, carattere che differenziava grandemente lo stesso dalle procedure sommarie che, pur perseguendo, almeno sotto certi profili, finalità analoghe a quelle del référé, sfociavano sempre in provvedimenti definitivi ⁶⁹.

Emerge così che originariamente, mentre i procedimenti sommari si collocavano nel quadro della differenziazione dei mezzi di tutela (di natura, pelopiù) soddisfacente, al référé, sotto il profilo sistematico, veniva riservato in misura preponderante e caratterizzante, il ruolo di rimedio alle contestazioni relative all'esecuzione a cui si aggiungeva *anche* la funzione di procedura generale d'urgenza, comunque sentita come secondaria.

La storia ha poi dimostrato come proprio quest'ultimo aspetto fosse destinato a costituire il futuro dell'istituto, il quale ha visto progressivamente svalutata la sua

⁶⁸Boitard, *Leçons sur le Code de procédure civile*, cit., 438.

Le matières sommaires, erano regolate dagli artt. da 404 a 413 del Code de procédure civile. L'art. 404 indicava espressamente i casi in cui era applicabile tale procedura semplificata: <<*Seront réputés matières sommaires, et instruits comme tels: / Les appels des juges des tribunaux d'instance; / Les demandes pures personnelles, à quelque somme qu'elle puissent monter, quand il y a titre, pourvu qu'il ne soit pas contesté; / Les demandes formées sans titre, lorsqu'elles n'excèdent pas 10 F; / Les demandes provisoires, ou qui requièrent célérité; / Les demandes en payement de loyers et fermages et arrérages de rentes*>>.

⁶⁹Boitard, cit., 438 e 439.

importanza in materia di esecuzione per divenire uno strumento di tutela complementare a quella offerta dal processo ordinario ma anche, e sempre con maggior frequenza, sostitutiva della stessa, per l'idoneità delle misure emesse in référé, provvisorie in diritto, a divenire definitive di fatto poichè, pur non pregiudicando il merito della lite e restando sempre aperta la via della cognizione piena, il perdurare della loro efficacia non è in alcun modo subordinato all'instaurazione della stessa.

Ed invero, di pari passo con le esigenze che ponevano il problema di un'estensione dell'istituto oltre i confini della competenza del presidente del tribunale civile, il référé vive un'emancipazione di cui è testimone la sistematica dei manuali di inizio del XX° secolo, che gli riservano una trattazione autonoma considerandolo nelle sue molteplici potenzialità applicative ⁷⁰, fino a delinearlo come una vera e propria "giurisdizione del provvisorio" ⁷¹.

L'impiego di cui l'istituto è suscettibile in quest'epoca, è già molto vasto.

Con esso si interviene in occasione della separazione o del divorzio dei coniugi per l'adozione dei provvedimenti provvisori circa l'affidamento dei figli minori ed il pagamento degli alimenti ⁷²; tra due parti che disputano sulla proprietà di un immobile per attribuire ad una delle stesse il possesso temporaneo del bene ⁷³; per disporre l'espulsione da un immobile di chi lo detenga senza titolo ⁷⁴; nelle liti tra proprietari o conduttori per statuire in ordine al godimento delle parti comuni o

⁷⁰Cfr. in tal senso Garsonnet, César-Bru, *Traité de procédure civile*, cit., 1904, 282 ss..

⁷¹César-Bru, Hébraud, Seignolle, *La juridiction du président du tribunal*, cit., 14; Perrot, *L'évolution du référé*, cit., 647.

⁷²Garsonnet, César-Bru, cit., 298.

⁷³Cass. 23 marzo 1886, Dalloz, 1886, I, 408.

⁷⁴Cass. 23 ottobre 1888, Rec. Sirey, 1891, I, 155; Cour app. Paris 21 gennaio 1891, id., 1892, II, 249, con oss. di Tissier.

per disporre in ordine all'esecuzione di opere nell'assenza di accordo degli interessati ⁷⁵; per ordinare perizie ⁷⁶, misure conservative ⁷⁷ e, più in generale, tutti quei provvedimenti che non arrecano pregiudizio al merito della lite ⁷⁸.

E' interessante notare come nel corso del processo evolutivo del référé, l'intervento del legislatore sia stato spesso successivo all'opera creatrice della giurisprudenza la quale, recependo le istanze provenienti dalle diverse circostanze concrete, ha per prima individuato i settori ed i casi in cui il référé era destinato a trovare applicazione in via preferenziale ed a cui è stato successivamente dato, per usare un'espressione di Perrot, <<un label réglementaire>> ⁷⁹.

Così, a partire dagli anni settanta ed in occasione di interventi successivi, il legislatore ha progressivamente ampliato e diversificato i casi di esperibilità del procedimento creando, all'interno della categoria inizialmente unitaria del référé, una differente tipologia di istituti cui ha corrisposto un'estensione e una diversificazione delle loro funzioni.

Gli interventi più significativi sono stati attuati con i già ricordati decreti del 9 settembre 1971, n. 71-740 e del 5 dicembre 1975, n. 75-1123 che hanno dato alla

⁷⁵Garsonnet, César-Bru, cit., 299.

⁷⁶Cass. 22 gennaio 1901, Rec. Sirey, 1901, I, 331; Cour app. Rouen, 9 agosto 1893, Dalloz, 1900, II, 397.

⁷⁷V., ad esempio, in materia di successioni Cour app. Paris 9 febbraio 1892, Dalloz, 1892, II, 229; 15 giugno 1894, id., 1894, II, 160.

⁷⁸Cour app. Grenoble, 13 luglio 1872, Dalloz, 1876, II, 164.

Sul divieto del <<préjudice au fond>> quale limite alla competenza del giudice dei référé V. *infra* par. 4, punto n. 8.

⁷⁹Perrot, L'évolution du référé, cit., 651.

Un esempio in tal senso è costituito dall'odierno art. 145, N.c.p.c., il quale consente di rivolgersi al giudice dei référé perchè ordini l'acquisizione di un mezzo istruttorio <<S'il existe un motif légitime de conserver ou d'Etablir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige (...)>>.

Sul référé di cui all'art. 145, N.c.p.c.: C. Giverdon, Voce Référé, Juris-classeur, Vol. III, fasc. 235; P. Estoup, La pratique des procédures rapides, cit., 78 ss.; J. Normand, Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé, Rev. trim. droit civil, 1980, 395 ss. e, id., 1994, 668 ss..

materia l'odierna fisionomia.

Nel Nouveau Code de procédure civile, essa trova oggi la sua regolamentazione nel titolo XIV° del libro primo (artt. da 484 a 492), ove sono dettate le disposizioni comuni a tutti i tipi di référé, nonchè nelle sezioni particolari che il codice riserva alle norme concernenti ciascuna giurisdizione, ove sono previsti in termini pressochè identici, i singoli istituti.

Così gli artt. da 808 a 810, disciplinano i référé proponibili al presidente del tribunal de grande instance; gli artt. da 848 a 850, riproducono le stesse disposizioni per il référé difronte al tribunal d'instance; gli artt. 873 e 874, di analogo contenuto, regolano la materia in seno alla giurisdizione del presidente del tribunal de commerce e gli artt. da 893 a 896 a quella del tribunal paritaire des baux ruraux. Relativamente alla giurisdizione prud'homale, l'art. 879, N.c.p.c., rinvia alle disposizioni di cui agli artt. R. 516-30 a R. 516-35 del Code du Travail. L'art. 956, N.c.p.c., conferisce inoltre una competenza al Presidente della cour d'appel quale giudice dei référé, limitatamente ai casi d'urgenza ed in pendenza di un procedimento d'appello ⁸⁰.

⁸⁰Y. Desdevises, Voce Référé du premier président, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. III.

Accanto alle disposizioni ricordate nel testo, concernenti i, cosiddetti, référé generali, l'ordinamento francese contempla per certe specifiche ipotesi, altre procedure di référé subordinate a condizioni applicative più ristrette e per le quali sono dettate disposizioni particolari.

Le differenze, talvolta radicali, intercorrenti tra questi istituti sia sotto il profilo dei loro presupposti che dell'efficacia e della forza autoritativa del provvedimento finale, impediscono l'individuazione di caratteristiche comuni e dunque una ricostruzione sistematica di questa parte della materia dei référé.

A titolo esemplificativo si possono ricordare: a) il *référé probatoire* di cui all'art. 145, N.c.p.c.; b) il *référé* concernente le questioni scaturenti dall'esecuzione forzata di una sentenza o di un altro titolo esecutivo, inizialmente previsto dall'art. 811, N.c.p.c., oggi abrogato e sostituito, con talune varianti, dagli artt. da 34 a 37 del decreto del 31 luglio 1992, n. 92-755, emesso in esecuzione della legge n. 91-650 del 9 luglio 1991 intervenuta in riforma delle procedure civili di esecuzione; c) il *référé contractuel*, invocabile nei casi in cui le parti abbiano predisposto in un contratto una clausola risolutiva (*clause résolutoire*), in virtù della quale l'accordo viene annullato o comunque risolto sulla semplice constatazione da parte del giudice adito in via di référé, dell'inadempimento totale o parziale delle obbligazioni gravanti su una di esse (il questi casi il potere in référé del giudice deriva quindi, direttamente dall'attribuzione di competenza prevista nel contratto dalle

Questa nuova normativa ha dato luogo, come precedentemente accennato, ad una diversificazione dei procedimenti di *référé* avvenuta secondo due linee di tendenza.

Sotto un primo profilo, le ipotesi di esperibilità del *référé* sono state ampliate seguendo l'impostazione tradizionale dell'istituto quale procedura d'urgenza.

Nell'art. 808, N.c.p.c., si è data continuità al sistema facendo dello stesso il diretto successore dell'antico art. 806 del Code de procédure civile, rispetto al quale sono tuttavia state scorporate le disposizioni concernenti le difficoltà sorte in sede di esecuzione ⁸¹ e sono state inserite, in rapporto di alternatività, le condizioni di "non seria contestabilità" delle obbligazioni che si intendono tutelare, ovvero della "esistenza di una controversia" tra le parti ⁸².

Accanto al *référé classico*, nell'art. 809, primo comma, N.c.p.c., è stato ulteriormente previsto il, cosiddetto, *référé de remise en état* ove la condizione d'urgenza costituisce il fondamento, sia pure indiretto, del "danno imminente" o della "turbativa manifestamente illecita" ⁸³ al cui ricorrere in termini di alternatività, la norma subordina la concessione della misura.

parti); d) *référé au fond*, previsti in taluni particolari materie -quali le servitù non aedificandi o *altius non tollendi* (artt. da R. 451-1 a R. 451-4 del Code de l'urbanisme), o nelle questioni successive al divorzio relative all'esercizio dell'autorità parentale o alla modifica del trattamento economico (art. 1084, Code Civil)- i quali riguardano istanze propriamente di merito regolate, secondo le espressioni legislative più ricorrenti <<*comme en matière de référé*>>.

In questi ultimi casi il *référé* è dunque utilizzato semplicemente come modello procedurale semplificato per ottenere una pronuncia "principale" (*au principal*), definitiva e suscettibile di assumere l'autorità di giudicato.

⁸¹Al momento dell'emissione del Nouveau code de procédure civile, il cosiddetto *référé sur difficulté d'exécution*, fu regolato nell'art. 811. La riforma delle procedure civili di esecuzione, attuata con legge del 9 luglio 1991, n. 91-650, e con decreto del 31 luglio 1992, n. 92-755, ha abrogato tale disposizione riservando la competenza sulle questioni scaturenti in fase esecutiva, al giudice dell'esecuzione stessa (artt. da 34 a 37, decr. n. 92-755).

Per indicazioni bibliografiche circa tale riforma V. *supra* nota n. 36.

⁸²Sul punto V. *infra* par. 17.

⁸³Sul punto V. *infra* par. 18.

Sotto un secondo profilo, ed in questo risiede la novità di maggior rilievo derivante dalla nuova normativa codicistica, il *référé* ha assunto una funzione più marcatamente anticipatoria della decisione definitiva ⁸⁴.

Ciò è avvenuto in particolare con le disposizioni contenute nel secondo comma dell'art. 809, N.c.p.c., che consentono al giudice dei *référé*, quando l'obbligazione non è seriamente contestabile⁸⁵, di accordare al creditore una provvisionale sul credito dallo stesso vantato, a cui il decreto del 17 dicembre 1985, n. 85-1330, ha aggiunto l'ulteriore potere di ordinare l'esecuzione dell'obbligazione "anche se si tratta di una obbligazione di fare".

Di questi istituti, noti rispettivamente come *référé-provision* e *référé-injoction*, il primo ha trovato ulteriore estensione nell'applicazione giurisprudenziale, la quale ha accentuato il carattere anticipatorio della misura ammettendo che l'ammontare della provvisionale possa coincidere con l'intero importo del credito, non avendo come unico limite che <<*le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée*>> ⁸⁶.

Il *référé-provision* si pone quindi in rottura con la tradizione sia per il completo distacco dalla condizione d'urgenza a cui la concessione di questa misura -come pure del *référé-injoction*- non è nè direttamente nè indirettamente subordinata, sia sotto il profilo del divieto di pregiudicare il merito della lite che, come la dottrina francese non ha mancato di rilevare, costituisce, per così dire, l'essenza stessa del

⁸⁴In tal senso R. Perrot, *Les mesures provisoires en droit français*, cit., 153.

⁸⁵Tale condizione è stata inserita dal decreto del 7 dicembre 1973, n. 73-1122, V. *infra* par. 18.1.

⁸⁶Cass. comm. 20 gennaio 1981, *Rev. trim. droit civil*, 1981, 679, con oss. di Normand, la quale ha dato l'avvio ad un orientamento giurisprudenziale costante. Sul punto, più approfonditamente V. *infra* par. 20.

référé-provision ⁸⁷.

4. EVOLUZIONE DEI PRESUPPOSTI DI ESPERIBILITA' DEL REFERE

L'esercizio dei poteri facenti capo al giudice dei référé, è subordinato al ricorrere di certe condizioni la cui formulazione è legata alla stessa evoluzione di cui questa giurisdizione è stata oggetto.

Nella concezione tradizionale i provvedimenti di référé erano subordinati al ricorrere di una duplicità di presupposti: l'urgenza e l'assenza di <<*préjudice au principal*>>.

A partire dalle modifiche normative degli anni settanta, questi presupposti hanno iniziato ad ampliarsi e modificarsi in ragione della progressiva estensione e modificazione di cui il référé è stato protagonista.

A) Dall'*urgenza* all'*evidenza*.

La regola generale su cui originariamente era articolato il potere di intervento del giudice dei référé, era costituita dall'urgenza delle circostanze, in virtù della quale si giustificava in via esclusiva questa competenza giurisdizionale e la caratteristica semplificazione del rito cui la stessa accedeva ⁸⁸.

⁸⁷In tal senso Perrot, L'evolution du référé, cit., 652; conf. G. Couchez, Le référé-provision: mesure ou démesure?, Mélanges Raynaud, Toulouse, 1985, 164, ss.; A. Blaisse, Quo vadis référé?, J.C.P., 1982, I, 3083, nn. 3 ss.; R. Martin, Le référé, théâtre d'apparence, Dalloz, 1979, Chron., 158 ss.; R. Tendler, Le juge des référés, une <<procédure ordinaire>>?, id., 1991, Chron., 139 ss..

⁸⁸J. Seignolle, De l'évolution de la juridiction des référés. L'évolution des pouvoirs du Juge des Référé, J.C.P., Ed. G, 1954, Doctr., 1205, n. 5.

Secondo un'impostazione definitiva perpetuata fino ai nostri giorni ⁸⁹, il ricorrere dell'urgenza era individuato da Garsonnet e César-Bru in tutti quei casi in cui si presentasse <<la necessità che non tollera alcun ritardo, il pericolo talmente immediato che nessuna citazione, anche a breve termine, avrebbe potuto scongiurare>> ⁹⁰.

La giurisprudenza evidenziò ben presto il carattere puramente fattuale della nozione ⁹¹, dipendente dalla natura stessa delle questioni ⁹² ed improntato ad un inevitabile empirismo.

Pur nella difficoltà di circoscrivere entro precisi confini il carattere *relativo* che l'urgenza veniva ad assumere dipendendo dalle circostanze concrete della lite ⁹³, era peraltro certo che la stessa dovesse essere accertata dal giudice.⁹⁴

E' interessante notare come questa esigenza non fosse ricondotta alla necessità di accertare l'urgenza quale *presupposto* dell'azione in référé ma quale elemento costituente il fondamento della *competenza* del giudice e caratterizzante la giurisdizione stessa dei référé ⁹⁵. La dottrina e la giurisprudenza affermavano

⁸⁹V. *infra* par. 17.

⁹⁰<<L'urgence, c'est la nécessité qui ne souffre aucun retard, le péril tellement immédiat qu'aucune assignation, même à bref délai, ne pourrait le conjurer>>: Garsonnet, César-Bru, *Traité de procédure*, cit., 297.

⁹¹Cass. 20 luglio 1893, *Dalloz*, 1893, I, 597; 12 gennaio 1903, *Rec. Sirey*, 1903, I, 125; 4 maggio 1910, *id.*, 1912, I, 580; 20 novembre 1917, *id.*, 1917-1918, I, 46; 7 novembre 1921, *id.*, 1924, I, 167; 1 luglio 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, II, 606; Cass. com. 30 marzo 1949, *Bull. civ.*, 1949, 290; 23 novembre 1949, *Rec. Sirey*, 1950, I, 107; 30 luglio 1951, *id.*, 1952, I, 112; 11 marzo 1952, *J.C.P.*, 1952, IV, 1860; Cass. soc. 31 maggio 1954, *id.*, 1954, IV, 102; Cass. 25 marzo 1955, *Bull. civ.*, 1955, II, 114.

In dottrina Bruillard, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1944, n. 162.

⁹²Cass. 20 giugno 1921, *Dalloz*, 1921, I, 109; Cass. soc. 22 aprile 1939, *Dalloz. Rec. hebdomadaire*, 1939, 325.

⁹³Sul carattere *relativo* dell'urgenza: Seignolle, *De l'évolution de la juridiction des référés. L'évolution des pouvoirs du juge des référés*, cit., n. 5; di *notion subjective* parlano invece César-Bru, Hébraud, Seignolle, *La juridiction du président du tribunal*, cit., 104 i quali sottolineano le difficoltà definitive poste da tale nozione, *op. cit.*, 103; recentemente Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit., 59.

⁹⁴V. *supra*, nota n. 91.

⁹⁵César-Bru, Hébraud, Seignolle, cit., 102, si soffermano sui "diversi gradi" in cui l'urgenza poteva

infatti in proposito, come in presenza di un'eventuale contestazione circa il ricorrere di tale circostanza, il magistrato adito avrebbe dovuto statuire sulla questione in applicazione del principio secondo il quale <<*tout tribunal est juge de sa propre compétence*>>⁹⁶.

Tuttavia, se di *competenza* si trattava, questa affermazione non era portata alle sue estreme conseguenze: il carattere di *nozione di fatto* riconosciuto all'urgenza, rimetteva il giudizio sulla sua esistenza all'esclusivo potere del giudice adito, escludendo ogni controllo da parte della Cour de Cassation, nè l'eventuale difetto di tale presupposto costituiva un motivo di incompetenza ivi censurabile⁹⁷.

Seignolle invero, riconosce il carattere *originale* di questa *competenza* fondata sull'urgenza, per il quale la stessa <<*est d'un tout autre ordre que les règles répartissant les matières contentieuses en secteurs attribués aux divers tribunaux*>>⁹⁸ ma l'impostazione dell'epoca resta, a nostro avviso, testimone di come tale presupposto costituisse il nucleo stesso del *référé*, il quale nell'urgenza si identificava traendone in via esclusiva la sua ragion d'essere.

Nel corso evolutivo seguito dall'istituto questa prospettiva è significativamente

presentarsi: l'art. 49 del Code de procédure civile (abrogato con legge del 9 febbraio 1949), quando un'affare richiedeva "celerità", prevedeva la possibilità per la parte di rivolgersi direttamente al tribunale senza osservare la formalità del preliminare tentativo di conciliazione; se l'esigenza di celerità era più marcata, l'art. 72 dello stesso Codice, consentiva di sottrarre la causa ai tempi imposti dal ruolo ordinario, conferendo al presidente del tribunale civile la facoltà di autorizzare l'attore a citare il convenuto a giorno fisso.

In quest'ottica, l'urgenza era vista come necessità ancor più pressante della semplice celerità: mentre quest'ultima giustificava dunque talune semplificazioni procedurali, la prima giustificava il ricorso ad una <<*jurisdiction exceptionnelle*>>; conf. Seignolle, De l'évolution de la juridiction des référés, cit., n. 5.

⁹⁶Così Garsonnet, César-Bru, Traité de procédure, cit., 298, nota n. 5; conf. Seignolle, De l'évolution de la juridiction des référés, cit., n. 5.

Per la giurisprudenza V. *supra* nota n. 83.

⁹⁷Oltre alla giurisprudenza citata *supra* nota n. 83: Cass. 4 maggio 1910, Rec. Sirey, 1912, I, 518; 13 aprile 1931, id., 1932, I, 23; Cass. soc. 6 ottobre 1955, Bull. civ., 1955, IV, 517; Cass. com. 12 aprile 1956, id., 1956, III, 105; Cass. 30 maggio 1956, id., II, 198.

⁹⁸Seignolle, cit., n. 7, nota n. 6.

mutata.

Abbiamo già avuto occasione di sottolineare come l'urgenza figuri ancor oggi nell'art. 808, N.c.p.c., il quale incentra le proprie disposizioni su tale condizione. A questa norma tuttavia, il legislatore ha aggiunto le previsioni di cui all'art. 809, N.c.p.c., rispetto alle quali l'urgenza compare quale elemento *indirettamente* insito nel concetto di danno imminente e di turbativa manifestamente illecita, a cui il primo comma dell'articolo subordina il *référé de remise en état*, ma che scompare del tutto nelle disposizioni relative al *référé-provision* e al *référé-injonction* di cui al secondo comma dello stesso ⁹⁹.

L'urgenza ha così subito una prima evidente restrizione del suo dominio a livello normativo, cui si aggiunge una più insidiosa, perchè meno visibile, erosione attuata a livello pratico.

In via di principio il giudice ancor oggi deve dare conto dell'urgenza nella motivazione dell'ordinanza ¹⁰⁰ ma la prassi ormai diffusa tende perlopiù a ritenere sufficiente una risultanza implicita della stessa ¹⁰¹ o anche la menzione <<vista l'urgenza>> ¹⁰², attuando -tra l'altro- in tal modo, una sensibile riduzione delle possibilità di controllo dell'iter logico seguito dal giudice nelle sue valutazioni, già improntate ad un soggettivismo che la dottrina non ha mancato nè di rilevare, nè

⁹⁹La giurisprudenza ha chiarito che il requisito dell'urgenza non costituisce un presupposto del *référé-provision*, a partire dai primi anni successivi all'entrata in vigore del Nouveau code de procédure civile; a titolo esemplificativo si ricordano: Cass. 4 novembre 1976, Rev. trim. droit civil, 1977, 361, con oss. di J. Normand; 6 dicembre 1977, Bull. civ., 1977, III, 326; 31 maggio 1978, id., 1978, III, 179; *adde* oss. di J. Normand, Rev. trim. droit civil, 1977, 599 e id., 1978, 513.

¹⁰⁰Ph. Bertin, Voce *Référé civil*, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. III, n. 143.

¹⁰¹Cass. 20 gennaio 1976, Bull. civ., 1976, I, n. 24; Cass. soc. 5 gennaio 1979, Dalloz, 1979, I.R., 287; Cass. com. 4 marzo 1988, Bull. civ., 1988, IV, n. 98; Cass. 25 ottobre 1989, id., 1989, I, n. 332.

¹⁰²Cass. 27 marzo 1957, Bull. civ., 1957, II, n. 706; 20 gennaio 1976, cit..

di criticare ¹⁰³.

Nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto è stato anche definitivamente chiarito che l'urgenza -come, del resto, le altre condizioni a cui è subordinata l'emaneazione del provvedimento di référé- non incide sulla competenza del giudice ma sulla ricevibilità dell'azione e che l'assenza di uno dei presupposti di legge può, pertanto, essere rilevata <<en tout état de cause>> ¹⁰⁴.

In ordine ai rapporti intercorrenti tra il référé di cui all'art. 808, N.c.p.c., e le disposizioni di cui all'art. 809, primo e secondo comma, N.c.p.c., è stato osservato come quest'ultimo si sia progressivamente svincolato dai presupposti tradizionali dell'urgenza e dell'assenza di contestazioni serie (previste in luogo dell'originario divieto di <<prejudice au fond>> *infra*), dando luogo ad un processo di <<individualisation>> delle singole figure di référé che ha ridefinito il ruolo dell'art. 808, il quale ha perduto il significato di "norma guida" che le innovazioni legislative degli anni settanta gli avevano conferito, ivi prevedendo i principi direttori della materia ¹⁰⁵.

R. Martin si è spinto oltre, affermando che se a prima vista l'art. 809, N.c.p.c., appare come uno sviluppo del testo precedente, in realtà esso lo assorbe, facendone una sopravvivenza dello stato anteriore del diritto ¹⁰⁶, ove l'urgenza è

¹⁰³Tendler, Le juge des référés, une <<procédure ordinaire>>?, cit., 141; J.F. Burgelin, J. M. Coulon, M.A. Frison-Roche, Le juge des référés au regard des principes procéduraires, Dalloz, 1995, Chron., 70; Martin, Le référé théâtre d'apparence, cit., 160; Estoup, La pratique des procédures rapides, cit., 60.

¹⁰⁴Cass. 19 marzo 1986, J.C.P., 1986, IV, 153.

C. Giverdon, Voce Référé, Juris-classeur, Rép. proc. civ., Vol. III, fasc. 233, 3; Bertin, Référé civil, cit., n. 42.

¹⁰⁵In questo senso A. Blaisse, Quo vadis référé?, cit., nn. 4, 7, 8, cui appartiene l'espressione virgolettata (n. 4).

¹⁰⁶<<Cet article [809, N.c.p.c.] parait, de prime abord, un développement du précédent. En réalité, il est le véritable texte nouveau qui absorbe le précédent, lequel est une survivance de l'état antérieur du droit.>>, R. Martin, Le référé théâtre d'apparence, cit., 158.

relegata ad un ruolo ormai subalterno avendo ceduto all'idea della, cosiddetta, *evidenza*.

A₁) *L'evidenza*

Nell'ordinamento francese il concetto di evidenza costituisce l'oggetto di una vera e propria teoria giuridica, nota come <<teoria dell'apparenza>>¹⁰⁷, che si fonda sull'analisi delle reciproche influenze tra fatto e diritto.

L'osservazione generale da cui muovono gli Autori che si sono occupati dell'argomento, si basa sul rilievo di come, tra il diritto e le situazioni di fatto, ricorra un rapporto interattivo che si esplica nell'orientamento che le norme giuridiche esercitano sul comportamento degli individui dal quale sono, a loro volta, influenzate poichè spesso le stesse, altro non fanno se non riconoscere situazioni già spontaneamente venute ad esistenza.

In molti casi cioè, la realtà precede il diritto il quale, attraverso l'opera del legislatore od anche solo della giurisprudenza, non fa che elevare e riconoscere a livello giuridico situazioni sostanziali già delineatesi a livello fattuale.

La teoria dell'apparenza parte da questa considerazione ed assume che, in linea di principio, il rapporto di influenza segua la direzione fatto-diritto, sì da determinare una prevalenza del primo sul secondo.

Le conseguenze tratte da questa osservazione sono di non secondario rilievo poichè comportano sia la possibilità di privilegiare la situazione di fatto a scapito della logica giuridica derivante dalla normativa in vigore, sia di assumere quale

¹⁰⁷In materia: J.Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, 1994, 828 ss.; B. Petit, *L'evidence*, *Rev. trim. droit civil*, 1986, 485 ss.; Pagnon, *L'apparence face à la réalité économique et sociale*, *Dalloz*, 1992, *Chron.*, 285; H. Mazeaud, *La maxime error communis facit jus*, *Rev. trim. droit civil*, 1924, 929.

fonte diretta di diritti soggettivi, l'eventuale stato di cose affermatosi *contra legem*¹⁰⁸.

In altre parole questa teoria, consacrata ed acquisita anche a livello giurisprudenziale, svolge il ruolo di correttivo al funzionamento meccanico delle regole giuridiche¹⁰⁹ costituendo altresì un canale attraverso il quale l'ordinamento francese recepisce ed eleva a livello giuridico -anche innovando rispetto al diritto vigente- interessi meritevoli di tutela, sottraendoli all'indistinta categoria dei meri fatti.

Il termine <<apparenza>> tuttavia, non è assunto esclusivamente nel significato di "stato visibile e manifesto" ma è adottato per la valenza ambigua della stessa espressione la quale, in altra accezione, indica anche una situazione meramente esteriore che un'analisi più approfondita rivela priva di qualunque consistenza.

In quest'ottica dunque, la teoria dell'apparenza, si sforza di chiarire quali effetti giuridici, secondo le diverse circostanze, possano scaturire da una certa manifestazione di fatti precisando nel contempo, le conseguenze che possono derivare nell'eventualità che la stessa, si riveli destituita da reale fondamento.

L'idea dell'apparenza quale fonte di regolamentazione giuridica, non costituisce un'originalità del diritto francese poichè anche nel nostro ordinamento, pur non essendo oggetto di specifiche teorizzazioni, essa rappresenta un concetto insito in numerose previsioni normative.

L'esempio più rilevante è indubbiamente costituito dalla simulazione ma il rilievo dell'apparenza è parimenti alla base dei meccanismi su cui si fonda la tutela del

¹⁰⁸In questo senso Ghestin, Gobeaux, cit., 830.

¹⁰⁹Ghestin, Gobeaux, cit., 830.

possesso (basti pensare alla regola possesso vale titolo), od ancora, la regolamentazione dei vizi della cosa venduta, ovvero la circostanza di <<verosimiglianza>> a cui la legge si riferisce nell'indicare i canoni che possono giustificare il ricorso alla prova testimoniale in deroga alle disposizioni generali (es. art. 2723, c.c. e art. 621, c.p.c.).

L'aspetto che rappresenta la vera originalità dell'ordinamento francese, è costituito dal fatto che in questo, l'apparenza trova una tutela giuridica a livello generale proprio attraverso l'istituto del référé nel quale, come rilevato, essa ha progressivamente accresciuto la propria importanza fino a relegare in una posizione pressochè subalterna, la tradizionale condizione d'urgenza.

Ed infatti, se l'art. 808, N.c.p.c., costituisce la perpetuazione della tradizione storica che configura il référé quale procedura d'urgenza, il successivo art. 809 rappresenta invece la concretizzazione e la logica progressione di quella tendenza diretta all'ampiamiento della sfera d'applicazione dell'istituto.

Sotto questo profilo le innovazioni intervenute in materia hanno realizzato un vero e proprio mutamento di prospettiva riducendo sensibilmente il ruolo svolto dall'urgenza ed ampliando correlativamente, quello dell'evidenza.

Tale scelta ha avuto il significato di rendere utilizzabile il procedimento di référé anche per esigenze diverse da quelle scaturenti dalle circostanze urgenti e, segnatamente, per ragioni di economia processuale, quando il costo del rito a cognizione piena non è giustificato dalla natura della controversia ¹¹⁰.

¹¹⁰R. Tendler, cit., 139, sottolinea come il movimento di <<liberazione procedurale>> che interessa la materia dei référé sia dovuto ad una coincidenza di interessi delle parti e dello Stato ai quali queste procedure permettono di ottenere giustizia con minori costi.

La tecnica prescelta per la realizzazione di questo scopo, è stata quella di separare l'urgenza dall'evidenza facendo della <<verosimiglianza>> della situazione sostanziale tutelanda, della <<manifesta>> violazione del diritto, il solo fondamento sul quale riposa l'opportunità della misura ¹¹¹.

Nel référé di cui all'art. 808 il requisito dell'urgenza si accompagna sempre all'idea dell'evidenza del diritto tutelato insita nel concetto di <<contestazione seria>>, così come nel nostro ordinamento il presupposto del periculum in mora, unitamente a quello del fumus boni iuris, è posto a fondamento delle misure cautelari.

Il legislatore francese con l'art. 809, N.c.p.c., ed in particolare con le disposizioni di cui al secondo comma, ha separato, per così dire, il fumus dal periculum facendo del primo la condizione necessaria e sufficiente per invocare l'intervento del giudice dei référé.

In quest'ottica tuttavia, è facile rendersi conto come la funzione di garantire una certa fondatezza della situazione tutelata svolta dall'evidenza, diventi, scissa dall'urgenza, un mezzo attraverso il quale il giudice dei référé penetra il merito stesso del diritto, emettendo un provvedimento che se istituzionalmente è pur sempre provvisorio, di fatto travalica la sfera a questo naturale costituendo una vera e propria anticipazione della pronuncia definitiva ¹¹².

B) L'assenza di <<préjudice au principal>> ¹¹³.

Nello spirito che animava la legislazione codicistica previgente, in cui l'urgenza

¹¹¹Martin, cit., 160.

¹¹²R. Martin, Le référé théâtre d'apparence, cit., 160.

¹¹³Si sottolinea che nella lingua francese il verbo *préjuger* significa <<giudicare anticipatamente, giudicare apriori>> ma anche <<pregiudicare>>, Dizionario Garzanti, cit., 728.

costituiva il presupposto unico ed imprescindibile delle misure di référé, la sommarizzazione del relativo procedimento rappresentò il corollario naturale e necessario per consentire al giudice di intervenire con la rapidità richiesta dalla natura delle circostanze.

La compressione delle garanzie che la semplificazione del rito comportava, non si risolveva tuttavia, in una lesione del diritto di difesa poichè la limitazione che lo stesso subiva era meramente temporanea, rimanendo aperta la possibilità per le parti di instaurare in ogni momento, un processo a cognizione piena.

A tutela di questo meccanismo di coordinamento tra il procedimento di référé ed il rito ordinario -che poneva gli stessi in un rapporto di mera *eventualità*, dato che l'efficacia delle misure di référé non era, nè lo è tutt'oggi, in alcun modo subordinata all'instaurazione del procedimento in via principale- il legislatore aveva delimitato l'ambito di intervento del giudice dei référé, ponendogli, quale unico limite, il divieto di entrare nel merito della lite, onde scongiurare ogni pregiudizio delle funzioni decisorie di cui restava investito il magistrato ordinario. L'articolo 809 del Code de procédure civile, sanciva espressamente tale divieto disponendo che: <<*Les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principal (...)>>.*

Da questa proibizione, che esprimeva <<un principio di dipendenza e di subordinazione del giudice dei référé rispetto al giudice del merito>>¹¹⁴, derivava pacificamente, una prima conseguenza: che l'ordinanza emessa in référé fosse provvisoria e, pertanto, insuscettibile di assumere l'autorità di cosa

¹¹⁴Perrot, *L'évolution du référé*, cit., 656.

giudicata¹¹⁵.

La provvisorietà della misura di référé era, invero, già espressamente sancita dall'art. 806, C.p.c.,¹¹⁶ ma la dottrina e la giurisprudenza vedevano nella disposizione dettata dall'art. 809 dello stesso Codice, una precisazione ed una accentuazione di tale carattere, diretta a ribadire la completa autonomia del processo di merito rispetto a quanto deciso in référé e l'assoluta incapacità di questo giudizio, di vincolare il magistrato ordinario: <<Le président en référé statue d'une façon provisoire; le juge du fond n'est donc nullement lié par ce qui a été ordonné en référé>>¹¹⁷.

Il divieto di *préjudice au principal*, era considerato <<la regola tecnica più importante>> che il legislatore avesse dettato in materia di référé¹¹⁸ ma, nondimeno, sull'esatto significato di tale principio e sulla reale portata delle sue conseguenze, gli orientamenti divergevano.

a) Secondo una prima e restrittiva impostazione, questo limite avrebbe impedito al giudice dei référé di pregiudicare gli interessi delle parti anche sotto il profilo fattuale¹¹⁹, intendendo con ciò escludere la possibilità per tale magistrato di ordinare provvedimenti che, provvisori in diritto, fossero definitivi in concreto a causa della irreparabilità dei loro effetti.

¹¹⁵Perrot, L'évolution du référé, cit., 656.

Sul significato che il concetto di autorità di cosa giudicata assume nel diritto francese, V. *infra* nota n. 153.

¹¹⁶Per il testo dell'art. 806, C.p.c., V. *supra* nota n. 27.

¹¹⁷Glasson, Tissier, Traité de procédure civile, cit., 33.

Cass. 16 aprile 1923, Rec. Sirey, 1924, I, 148.

¹¹⁸<<La règle technique la plus importante>>, così la definisce Seignolle, De l'évolution de la juridiction des référés, cit., 1205, n. 21; id., César-Bru, Hébraud, Seignolle, La juridiction du président, cit., 112.

¹¹⁹<<On pourrait penser qu'il est interdit au juge des référés de préjudicier, même en fait, aux intérêts des parties>>, ipotizza Seignolle, cit., n. 23.

Siffatta interpretazione non trovò peraltro grande seguito e rimase nell'ambito delle pure ipotesi per l'eccessiva limitazione che comportava dei poteri di questo giudice e del ruolo della procedura, che avrebbe visto pressochè annullato il suo significato segnatamente in materia d'esecuzione, ove sarebbe stato impossibile per il magistrato, consentire il compimento della procedura, ad esempio, con la vendita dei beni pignorati, di fronte al rischio di pregiudicare irreparabilmente il debitore ovvero di arrecargli un danno risarcibile solo per equivalente ¹²⁰.

La giurisprudenza della *Cour de Cassation* chiarì questo aspetto con una importante pronuncia del 17 febbraio 1874 la quale sancì l'impossibilità di arrestare il potere del giudice dei *référé* di fronte ad una misura suscettibile di provocare un danno di fatto irreversibile ¹²¹, dando l'avvio ad un orientamento interpretativo rimasto fino ad oggi costante ¹²².

b) Secondo una formulazione più ampia del principio sancito dall'art. 809, C.p.c., il *préjudice au principal* costituiva un'anticipazione del merito della lite:

¹²⁰In tal senso precisano Glasson e Tissier, *Traité de procédure civile*, cit., 35; César-Bru, Hébraud, Seignolle, *La juridiction du président du tribunal*, cit., 113.

¹²¹Cass. 17 febbraio 1874, *Daloz*, 1874, IV, 445, ove si affermava: <<*L'article 809 porte que les ordonnances rendues par le président ne feront aucun préjudice au principal; il faut en conclure qu'elles ne lient en aucune façon le tribunal pour l'appréciation du litige au fond; mais on ne saurait en induire que le président n'a, dans aucun cas, la qualité pour prescrire, à titre provisoire, une mesure de nature à causer à l'une des parties un dommage irréparable en fait*>>. Nel *rapport* di Gouget che precede tale decisione si legge: <<*Il faut reconnaître que, dans une foule des circonstances, les conséquences de fait des sentences de référé sont sans remède possible; elles sont de nature à causer un dommage définitif à l'une des parties (...).*

Dans tous ces cas et dans une multitude d'autre qu'il est inutile de rappeler la compétence du juge des référés ne saurait être mise en doute et l'on est cependant forcée de reconnaître que les ordonnances peuvent singulièrement compromettre les intérêts des parties, qu'elles peuvent rendre sans utilité pratique pour elles les décisions rendues plus tard en leur faveur par le juge du fond>>.

In dottrina: R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 1949, n. 229; J. Vincent, *Précis de procédure civile*, Paris, 1951, 203; M. Laborde-Lacoste, *Précis de procédure civile*, Paris, 1939, n. 382; Glasson, Tissier, *Traité de procédure civile*, cit., 35.

¹²²Cass. 20 novembre 1900, *Rec. Sirey*, 1905, I, 455; *Cour app. Chambéry* 6 aprile 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, I, 667; *Besançon* 18 ottobre 1911, *id.*, 1911, II, 456; Cass. 1 luglio 1954, *Daloz*, 195, *Somm.*, 23; 11 marzo 1980, *Bull. civ.*, 1980, III, n. 57; 18 gennaio 1989, *Daloz*, 1989, *I.R.*, 33.

<<Le juge des référés préjudicé au principal si sa décision préjuge de la solution à donner par le tribunal au fond du procès>>¹²³.

Seignolle osserva come tale interpretazione importasse un' identificazione tra il concetto di *préjudice au principal* e quello di *préjudice au fond*, rispetto ai quali sussistevano non poche incertezze definitorie. In particolare la nozione di *préjugé* (pregiudizio), veniva utilizzata in procedura per distinguere i *jugements préparatoires* e *interlocutoires* rispetto ai quali, pur in presenza di controversie interpretative, la dottrina era d'accordo nel riconoscere che <<una pronuncia è *interlocutoire* e, di conseguenza, pregiudizievole del merito della lite, se la stessa ordina un'inchiesta o una perizia che lasciano prevedere, in caso di risultato favorevole, a colui che l'ha sollecitate, la vittoria del processo. (...) Allo stesso modo la decisione con la quale il Presidente ordina l'espulsione di un locatario (...) suppone necessariamente un'anticipazione degli effetti della risoluzione del contratto di affitto, in danno del locatario stesso>>¹²⁴.

E' evidente come tale posizione ermeneutica finisse per coincidere, almeno sotto alcuni aspetti, con l'idea, precedentemente ricordata, che il provvedimento di *référé* non dovesse pregiudicare neanche in fatto la situazione delle parti risolvendosi, come quella, in una prospettiva incapace di spiegare la realtà fornendo un criterio in grado di giustificare tutti i casi in cui, in concreto, si assisteva all'intervento del giudice dei *référé*.

¹²³Seignolle, De l'évolution de la juridiction des référés, cit., n. 25.

¹²⁴ Seignolle, op. loc. cit., n. 25: <<On s'accorde cependant pour reconnaître qu'un jugement est *interlocutoire* et, par conséquent, *préjuge le fond*, s'il ordonne une enquête ou une expertise laissant prévoir, au cas de résultat favorable, à celui l'ayant sollicitée, le gain de son procès. (...) De même, le Président ordonnant l'expulsion d'un locataire (...) *préjuge de la résolution du bail aux torts du locataire* (...); sa décision le suppose nécessairement.>>

c) Un'ulteriore corrente di pensiero che, a nostro avviso, costituisce una variante dell'orientamento appena ricordato, si sforzava di mantenere distinti gli effetti prodotti dall'ordinanza di référé a livello fattuale da quelli alla stessa conseguenti sul piano giuridico, ponendo l'accento sul carattere provvisorio del provvedimento e sulla sua incapacità, in quanto tale, di vincolare il giudice del merito, che restava pertanto libero di apprezzare le circostanze della lite e di riparare, se del caso, in via risarcitoria, all'errore commesso in référé.

Secondo il pensiero di Curet, condiviso da Glasson e Tissier, il limite del *préjudice au principal* così tratteggiava l'ambito dei poteri del giudice dei référé rispetto al giudice ordinario: «Da una parte, i tribunali ordinari hanno il diritto di risolvere nel merito la controversia che divide le parti, dovendo le misure prescritte in référé essere tali che i diritti delle stesse restino assolutamente intatti, e che la questione principale non sia svuotata dalla decisione del presidente la quale non può avere che carattere provvisorio (...). D'altra parte l'ordinanza del giudice, ben potendo avere degli effetti definitivi in fatto, non pregiudica la contestazione in diritto che deve essere sottoposta al giudizio di merito del tribunale; questa ordinanza non vincola il giudice della causa principale: il tribunale, in assenza di autorità di cosa giudicata, resta libero di dare al litigio una soluzione differente da quella offerta dal giudice dei référé e di compensare, in via risarcitoria, il pregiudizio causato dall'esecuzione di una misura che reputa ingiustamente ordinata.»¹²⁵.

¹²⁵Curet, citato da Glasson e Tissier, *Traité de procédure civile*, cit., 33: «D'une part, les tribunaux ordinaires ayant le droit de résoudre au fond la difficulté qui divise les parties, les mesures prescrites en référé doivent être telles que les droits des parties sur le fond restent absolument intacts, et que la question principale ne soit pas épuisée par la décision du président qui ne doit avoir qu'un caractère provisoire (...) D'autre part l'ordonnance du juge, bien que

Da questa impostazione conseguiva pertanto che il divieto di *préjudicier au principal*, non avrebbe costituito un limite al possibile oggetto della decisione del giudice dei *référé* ma esclusivamente un limite alla sua efficacia ¹²⁶.

La giurisprudenza francese non prese una netta posizione interpretativa ma rimase oscillante tra gli ultimi due orientamenti di cui abbiamo dato conto: in via generale essa si richiamava all'idea del "pregiudizio del merito" quale limite ai poteri del giudice dei *référé*, prospettando una sua assoluta incompetenza difronte alle questioni che, per essere risolte anche in via provvisoria, avrebbero comportato un'analisi delle rispettive ragioni delle parti ¹²⁷.

Risulta comunque con una certa chiarezza come tale impostazione cominciasse ad alludere a quell'idea di *evidenza* delle situazioni, capace di consentire al giudice di valutare *icto oculi* l'opportunità della misura, che abbiamo visto essere stata successivamente accolta a livello legislativo quale criterio informatore di alcune procedure di *référé*.

pouvant avoir en faits des effets définitifs, ne préjuge pas en droit la contestation qui au fond doit être soumise au tribunal; cette ordonnance ne lie pas le juge du principal: le tribunal, sans que la chose jugée puisse être invoquée devant lui, reste libre de donner au litige une solution différente de celle à laquelle c'est arrêté le juge des référés et de compenser, par des dommages-intérêts, le préjudice causé par l'exécution d'une mesure qu'il estime avoir été mal à propos ordonnée>>.

¹²⁶Seignolle, De l'évolution de la juridiction des référés, cit., n. 27.

¹²⁷Cass. 23 luglio 1923, Rec. Sirey 1924, I, 80; 22 ottobre 1923, id., 1924, I, 55.

Il giudice dei *référé* non poteva, ad esempio, pronunciarsi in ordine alla colpevolezza di una parte (Cass. 10 giugno 1898, Rec. Sirey, 1899, I, 20; Cour app. Paris 20 dicembre 1911, id., 1912, II, 318) nè interpretare i contratti (Cour app. Paris, 4 luglio 1924, Dalloz. Rec. Hebdomadaire, 1924, 657).

Glasson, Tissier, Traité de procédure civile, cit., 34, osservano come la giurisprudenza ammettesse per l'interpretazione dell'art. 809, C.p.c., una regola analoga a quella imposta al giudice del possessorio. Come quest'ultimo il magistrato dei *référé* non avrebbe potuto affermare, nemmeno in via provvisoria, l'esistenza dei diritti contestati o la validità dei titoli; non avrebbe potuto interpretare i titoli stessi, nè i contratti o eventuali pronunce giurisdizionali quando la natura della lite avrebbe necessariamente richiesto un'analisi delle questioni di merito.

Conf. Garsonnet, César-Bru, Traité de procédure civile, cit., 329, i quali prospettavano in termini di incompetenza i limiti in cui si sostanzava il divieto di *préjudice au principal*: <<le président doit se déclarer incompétent et dire n'y avoir lieu à référé toutes les fois que la difficulté soulevée devant lui est de telle nature qu'il ne pourrait la résoudre sans statuer en même temps sur le fond, et sans usurper ainsi les droits réservés aux tribunaux institués pour en connaître>>.

Il momento di svolta di questa elaborazione ermeneutica, fu costituito dalla pronuncia della Cour de Cassation del 10 novembre 1947 ¹²⁸, la quale sancì l'identificazione del *préjudice au principal* con il *préjudice au fond* marcando un limite alla competenza del giudice dei référés.

La novità di maggior rilievo introdotta da tale sentenza, fu, tuttavia, il concetto di *contestazione seria* quale elemento determinante le modalità ed i limiti dell'esercizio dei poteri del giudice dei référés. Nell'ottica della *Cassation* il ricorrere di tale circostanza non avrebbe necessariamente determinato l'incompetenza di questo magistrato il quale, pur non potendo decidere la lite, nemmeno doveva arrestarsi di fronte ad essa: egli avrebbe invece, dovuto compiere un apprezzamento *provvisorio e superficiale* dei diritti in conflitto, limitandosi ad esaminare le apparenze e, solo ove queste fossero risultate insufficienti a fondare la pretesa tutelanda, dichiararsi incompetente ¹²⁹.

Abbiamo definito l'individuazione del limite della *contestation sérieuse* la novità più significativa apportata dalla pronuncia del 1947, poichè tale espressione fu recepita dal legislatore nel quadro delle innovazioni introdotte con il decreto del 9

¹²⁸Cass. 10 novembre 1947, J.C.P., 1948, II, 4166, oss. Plaisant; Dalloz, 1947, 529, rapp. e oss. Lerebours-Pigeonnière; Rec. Sirey, 1948, I, 157, oss. Raynaud; Rev. trim. droit civil, oss. Vizioz.

¹²⁹Con la sentenza del 10 novembre 1947 (J.C.P., cit., 4166), la Cour de Cassation censura una pronuncia della Cour d'appel di Parigi che, su appello di un'ordinanza di référés emessa dal Presidente del tribunal civile, aveva preso parte sul diritto di proprietà artistica preteso da un produttore di film affermando, inoltre, che lo stesso era l'unico autore dell'opera cinematografica da lui edita.

Il Giudice di legittimità espressamente afferma: << (...) *Attendu, toutefois, que le juge des référés peut fonder sa décision sur le droit appartenant à l'une des parties au sur une situation de fait, lorsque ce droit ou cette situation ne sont pas ou ne peuvent être sérieusement contestés; mais attendu que la prétention de la Société de production de films d'être l'unique auteur de toute oeuvre cinématographique par elle éditée était très sérieusement contestée (...); Attendu que la cour d'appel n'avait pas besoin, pour autoriser une mesure conservatoire, de prendre parti sur l'existence des droits revendiqués par la Société Tobis Sascha; qu'il suffisait d'apprécier si les faits constants impliquaient en faveur du producteur une apparence soit de droits, soit de pouvoirs, ou justifiaient un doute; Attendu, dès lors, qu'en statuant comme il l'a fait, l'arrêt attaqué porte préjudice au principal et par conséquent excède sa compétence (...)>>.*

settembre 1971, n. 740, le quali, dando alla materia dei *référé* l'impostazione successivamente recepita nel Nouveau code de procédure civile, sostituirono tale espressione all'originario limite del *préjudice au principal* sancito dall'art. 809 C.p.c..

Questa modifica è stata considerata dalla dottrina francese come una novità dovuta ad esigenze di modernizzazione del linguaggio ma che non ha alterato i tradizionali principi regolatori dell'istituto ¹³⁰. Nella normativa attuale essi sono enunciati negli articoli 484 e 488, N.c.p.c., i quali sanciscono rispettivamente il carattere provvisorio dell'ordinanza di *référé* e la sua inidoneità ad assumere l'autorità di cosa giudicata, mentre nell'art. 808, N.c.p.c., e nelle norme corrispondenti dettate per ciascuna giurisdizione, la serietà delle contestazioni compare come limite al potere giurisdizionale del magistrato dei *référé* ¹³¹.

Inoltre, il principio sancito dalla sentenza della Cour de Cassation del 10 novembre 1947, secondo il quale l'esistenza di una contestazione seria non avrebbe automaticamente comportato l'incompetenza del giudice dei *référé* ma la necessità di una sua delibazione in ordine alla fondatezza della pretesa azionata, basata sul carattere evidente della stessa ¹³², è stata "concretizzata" ¹³³ a livello normativo nel primo comma dell'art. 809, N.c.p.c., ove, con il decreto del 17

¹³⁰In tal senso Perrot, *L'évolution du référé*, cit., 656 e 657, il quale ricorda come nel rapporto del Primo Ministro relativo al decreto del 9 settembre 1971, fosse precisato che nonostante le innovazioni previste in ordine ai *référé* le: <<*règles traditionnelles en la matière n'avaient pas été bouleversées*>>; Conf. C. Giverdon, Voce *Référé*, *Juris-classeur*, Vol. III, fasc. 233, 6.

¹³¹V. *infra* par. 17.

¹³²La giurisprudenza francese ha confermato a più riprese che l'esistenza di una contestazione seria non impedisce al giudice dei *référé* di ordinare le misure provvisorie richieste. V. ad esempio: Cass. 19 febbraio 1980, *Gaz. Pal.*, 1980, II, *Pan.*, 359; Cass. com. 14 marzo 1981, *Bull. civ.*, 1981, IV, n. 161; Cass. soc. 1 aprile 1981, *J.C.P.*, 1981, IV, 223; Cass. 21 aprile 1982, *id.*, 1982, IV, 231; 8 giugno 1983, *id.*, IV, 258.

¹³³L'espressione è di R. Tendler, *Le juge des référés, une <<procédure ordinaire>>?*, cit., 140.

giugno 1987, n. 87-434, è stato precisato che le misure ivi previste possono essere ordinate <<*même en présence d'une contestation sérieuse*>>. Questa precisazione, osserva Normand, non ha il significato di autorizzare il giudice a statuire sempre e comunque, come una parte della dottrina ha tuttavia prospettato¹³⁴, ma ad evitare che lo stesso magistrato, trincerandosi dietro il comodo pretesto della serietà delle contestazioni, evitasse di pronunciarsi rinviando al giudice del merito¹³⁵.

¹³⁴P. Drai, Quelques observations sur le décret n. 87-434 du 17 juin 1987: <<Pour un juge que toujours décide...>>, Gaz. Pal., 1987, II, Doctr., 512.

¹³⁵J. Normand, Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé, Rev. trim. droit civil, 1988, 167 ss..

Sul punto V. *infra* par. 17.

CAPITOLO II

DISPOSIZIONI COMUNI ALLA MATERIA DEI REFERE

5. GENERALITA'

Con l'emissione del Nouveau Code de procédure civile, il legislatore francese ha completato la riorganizzazione dei procedimenti di référé iniziata con il decreto del 9 settembre 1971, n. 71-740, raggruppando i principi direttori della materia, generalmente applicabili, negli articoli da 484 a 492, collocati in un'autonoma sotto-sezione del titolo XIV del libro primo, riservato alle disposizioni comuni a tutte le giurisdizioni.

La normativa attualmente vigente ha mantenuto i tratti tradizionali dell'istituto e delle relative ordinanze le quali sono caratterizzate dall'essere provvedimenti di natura provvisoria, non suscettibili di assumere l'autorità di cosa giudicata, revocabili e modificabili, dotati di provvisoria esecutorietà.

La procedura comune si svolge nel contraddittorio delle parti e si distingue per la sua estrema rapidità.

6. IL CARATTERE PROVVISORIO DELL'ORDINANZA DI REFERE

I référé francesi sono stati ricondotti alla categoria delle <<*procédures rapides*>> da una recente dottrina che, con tale espressione, ha indicato quei procedimenti che si discostano dal rito ordinario secondo diverse tecniche di sommarizzazione del rito, al fine di apprestare una tutela più rapida e semplice in ragione delle caratteristiche intrinseche della lite ¹³⁶.

¹³⁶Estoup, La pratique des procédures rapides, cit., 1.

Mentre così, la cognizione piena realizza integralmente i grandi principi del diritto moderno assicurando alle parti il massimo delle garanzie, la semplificazione del rito caratterizzante queste procedure, incide con diverse tecniche su tali principi attuandone una compressione che è, peraltro, soltanto temporanea, essendo previsti meccanismi tesi al recupero della pienezza delle garanzie difensive.

In linea generale si può osservare come la sommarizzazione della cognizione venga prevalentemente realizzata intervenendo sull'attuazione della regola del contraddittorio, che può subire limitazioni che interessano il *momento* della sua attivazione, ovvero le *modalità* della sua realizzazione.

Costituiscono un esempio della prima tecnica quei procedimenti nei quali il contraddittorio si realizza in via posticipata rispetto al provvedimento giudiziale, il quale viene emesso sulla base di una cognizione parziale, avente cioè ad oggetto, i soli fatti costitutivi allegati dall'attore ¹³⁷.

Ciò si verifica nell'ordinamento francese per le procedure di *injection de payer* e di *injection de faire* ¹³⁸, ove la limitazione del contraddittorio è giustificata, rispettivamente, dalla speciale attendibilità delle prove e dalla particolare natura del diritto controverso ¹³⁹, e si realizza anche nel procedimento di *requête*, analogo

¹³⁷In tal senso A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 601.

¹³⁸D. Mas, Voce *Injonction de payer*, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. II; J. Miguet, Voce *Procédures particulières, procédures d'injection de payer*, Juri-Classeur de proc. civ., fasc. 990; J.J. Taisne, *La réforme de la procédure d'injection de payer*, Dalloz, 1981, Chron., 319; J. Viatte, *Les voies de recours en matière d'injection de payer*, Gaz. Pal., 1978, II, Doctr., 378; *La nouvelle injection de payer*, id., 1981, II, Doctr., 484.

¹³⁹*L'injection de faire* fu infatti pensata in particolare quale mezzo di tutela a favore dei consumatori <<puor lesquels l'inertie du débiteur laisse désarmé le créancier isolé>>, J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile*, Paris, 1994, 589; J. Foyer, Voce *Injonction de faire*, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. II; V. Christianos, *Injonction de faire et protection du consommateur*, Dalloz, 1990, Chron., 91; P. Estoup, *Le décret du 4 mars 1988 étape décisive dans le droit de la consommation*, Gaz. Pal., 1988, I, Doctr., 280; J. Miguet, Voce *Procédure d'injection de faire*, Juri-Classeur, Rép. proc. civ., fasc. 991.

a quello di *référé* ma svolgentesi *inaudita altera parte* in ragione di esigenze di speciale rapidità o quando la convocazione della controparte potrebbe diminuire o vanificare l'utilità della misura ¹⁴⁰.

Diversamente nel caso del *référé*, il legislatore ha scelto di esprimere la sommarietà del procedimento mantenendo il contraddittorio anticipato rispetto all'emissione del provvedimento ed intervenendo sulle modalità di attuazione dello stesso.

In questo la cognizione è dunque meramente superficiale, svolta cioè sulla base di un'istruttoria rudimentale, fondamentalmente regolata dal potere discrezionale del giudice e, pertanto, finalizzata non all'accertamento del diritto ma alla verifica della sola apparenza dello stesso ¹⁴¹.

La caratteristica che accomuna tutti questi procedimenti è costituita dal carattere invariabilmente *provvisorio* delle misure che ne scaturiscono, provvisorietà che deriva dal modo di formazione dei provvedimenti stessi e costituisce il contrappeso della semplificazione del rito.

Tuttavia, mentre l'ordinanza emessa a seguito di *injection de payer* aspira alla definitività, poichè in caso di mancata opposizione nei termini previsti la stessa diviene intangibile ¹⁴², il provvedimento reso in *référé* è provvisorio nel fine, nel

¹⁴⁰V. *infra* par. n. 21.

¹⁴¹Questa particolarità della cognizione fu evidenziata nel diritto italiano a proposito dei procedimenti cautelari da A. Diana, Le misure conservative interinali, in Studi Senesi, XXVI (1909), Vol. II, 217, caratterizzati secondo l'Autore, da <<un accertamento ridotto>> che rende <<sufficiente una ragionevole dimostrazione superficiale del diritto, per prove leviores et apparentes (...)>>.

Sul punto V. anche L. Montesano, Sulle misure provvisorie in Italia, e R. Perrot, Les mesures provisoires en droit français, entrambi in Les mesures provisoires en procédure civile. Atti del Colloquio internazionale, Milano 12-13 ottobre 1984, Milano, 1985, rispettivamente 113 ss. e 149 ss.

¹⁴²Nell'*injection de faire* al contrario, il provvedimento non ha attitudine a diventare definitivo: esso costituisce esclusivamente uno strumento di pressione sulla volontà del debitore al quale è offerta la possibilità di adempiere evitando il processo a cognizione piena che, altrimenti, seguirà

senso che esso non tende mai a dare una sistemazione definitiva alla lite cui interviene: le parti se vorranno, potranno sempre istaurare un processo di merito dalla cui pronuncia, la misura ordinata, resterà assorbita.

L'art. 484, N.c.p.c., delle disposizioni generali attualmente in vigore, sancisce tale carattere definendo l'ordinanza emessa in référé come <<una decisione provvisoria resa su domanda di una parte, l'altra presente 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>>¹⁴³.

Questa nuova formulazione ha sostituito le disposizioni che la precedente normativa codicistica dettava negli artt. 806 e 809, sopprimendo tanto la previsione dell'urgenza quale condizione generale del référé¹⁴⁴ -che l'art. 806 invece prevedeva- quanto l'espreso divieto di pregiudicare il merito della questione, rimpiazzato dall'esplicita precisazione della natura provvisoria dell'ordinanza¹⁴⁵.

La definizione così fornita dall'art. 484, N.c.p.c., ha permesso alle nuove disposizioni che sono mano a mano intervenute nella materia, di ampliare progressivamente l'ambito di applicabilità della procedura, fino a prescindere dal requisito dell'urgenza -come avviene nel caso del référé-provision o del référé-injonction previsti nel secondo comma dell'art. 809, N.c.p.c- e a concepire in

automaticamente (art. 1425-8, N.c.p.c.).

J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, cit., 589.

¹⁴³Il testo francese dell'art. 484, N.c.p.c., testualmente dispone: <<L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelé, dans le cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires.>>

¹⁴⁴La condizione d'urgenza è oggi richiesta dall'art. 808, N.c.p.c.; essa tuttavia, non costituisce più una "condizione generale" del procedimento ma un presupposto del solo *référé classique*, che è ormai una mera *species* dell'istituto.

¹⁴⁵J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, cit., 518.

termini più elastici il divieto di pregiudicare il merito della controversia.

Quest'ultimo, non più espresso in positivo come nella regolamentazione abrogata, risulta tuttavia ancor oggi precisato a livello normativo dall'art. 484, N.c.p.c., che, con una formulazione, questa volta, in negativo, ricorda che il giudice dei référé <<non è investito del merito>>.

Il carattere provvisorio dell'ordinanza di référé ed il divieto gravante su questo magistrato di conoscere della lite in via principale, risultano dunque strettamente collegati poichè entrambi sono finalizzati a garantire l'autonomia giuridica del processo ordinario rispetto al procedimento di référé, che le parti potranno, pertanto, instaurare senza precludersi la via della cognizione piena e la possibilità di ottenere una pronuncia definitiva nella pienezza delle garanzie alla stessa connesse.

Gli esempi più rilevanti dei limiti in cui questi principi si traducono nella pratica, concernono l'impossibilità di questo giudice di condannare al pagamento di somme -salvo i casi in cui è esperibile il référé-provision- e, segnatamente, del risarcimento danni ¹⁴⁶ con sola la eccezione, ammessa da una certa giurisprudenza, per i danni causati da un comportamento processuale "abusivo" tenuto da una delle parti ¹⁴⁷.

Analogamente il giudice dei référé non può intervenire nelle controversie che

¹⁴⁶Cass. civ. 11 marzo 1992, Gaz. Pal., 1992, II, Panor., 217; 26 aprile 1984, J.C.P., 1984, IV, 210; 20 luglio 1981, Rev. trim. droit civil, 1982, 107; 16 novembre 1976, J.C.P., 1984, IV, 210.

¹⁴⁷Com. 2 maggio 1989, Rev. trim. droit civil, 1989, 806; Cass. civ. 4 febbraio, 1992, Bull. civ., 1992, I, n. 43; *contra* Cass.civ. 20 luglio 1981, id., 1981, II, n. 168; 4 ottobre 1983, Gaz. Pal., 1984, I, Panor., 78.

Viene invece generalmente riconosciuto il potere del giudice dei référé di condannare al pagamento dell'ammenda prevista dall'art. 559, N.c.p.c, la parte che ha proposto <<un appello principale dilatorio o abusivo>>: Cass. civ. 20 luglio 1981, Rev. trim. droit civil, 1982, 197.

In dottrina Estoup, cit., 16; Bertin, Référé civil, cit., nn. 10ss..

richiedono l'interpretazione di un atto, di un titolo o di uno statuto poichè tale attività impone l'analisi del merito della questione ed è pertanto incompatibile con la struttura sommaria ed il carattere provvisorio di questo procedimento ¹⁴⁸.

Per lo stesso motivo il magistrato dei *référé* non può annullare una sanzione disciplinare ¹⁴⁹, ovvero pronunciare la risoluzione di un contratto di affitto fuori dei casi di *référé contractuel* ¹⁵⁰.

La provvisorietà delle misure ordinate in *référé* non deve essere confusa con gli effetti sostanziali irreversibili che il provvedimento può produrre produrre secondo il costante orientamento della dottrina e della giurisprudenza. In proposito abbiamo osservato ¹⁵¹, come i giuristi francesi abbiano sempre fornito un'interpretazione prettamente "formale" del divieto del *préjudice au fond*, inteso appunto quale reversibilità formale della pronuncia di *référé* ad opera della pronuncia definitiva¹⁵².

7. ASSENZA DI AUTORITA' DI COSA GIUDICATA E CARATTERE

¹⁴⁸Cour appel Paris 13 giugno 1990, Dalloz, 1990, Somm., 357.

Ch. Cézard-Bru, P. Hébraud, J. Seignolle, G. Odoul, La juridiction du Président du tribunal. Des *référé*, Vol. I, 1979, nn. 30 ss..

¹⁴⁹Cass. civ. 5 marzo 1987, J.C.P., 1987, IV, 164.

¹⁵⁰Cass. civ. 27 novembre 1990, Bull. civ., 1990, II, 254; 25 marzo 1987, id., 1987, III, n. 64; 9 dicembre 1986, id., 1986, III, n. 176.

¹⁵¹*Supra* par. 4.

¹⁵²Cass. civ. 18 gennaio 1989, Dalloz, 1989, I.R., 33; 11 marzo 1980, Bull. civ., 1980, III, n. 57.

Sul punto V. anche F. Tommaseo, I provvedimenti d'urgenza, Padova, 1983, 151.

REVOCABILE E MODIFICABILE DELL'ORDINANZA DI REFÈRE

Diretto corollario del carattere provvisorio dell'ordinanza resa in référé e del divieto di pregiudicare il merito della controversia, è l'inidoneità di questo provvedimento ad assumere l'autorità di cosa giudicata, espressamente sancita dall'art. 488 del Nouveau Code de procédure civile ¹⁵³.

La disposizione, contenuta nel primo comma della norma ¹⁵⁴, ha la funzione di garantire e di rafforzare la separazione dei poteri del giudice ordinario rispetto a quello dei référé, in modo che il primo resti del tutto svincolato dall'eventuale

¹⁵³Nell'ordinamento francese l'autorità di cosa giudicata prevista dall'art. 1351 del Code Civil, consiste in una <<presunzione di verità>> (così Vincent e Guinchard, Procédure civile, cit., 154), che assiste l'atto giurisdizionale fin dal momento della sua emanazione. La forza di questa presunzione risente di due variabili costituite dalla *esecutività* della pronuncia e dalla sua *irrevocabilità* le quali, intervenendo in due momenti non necessariamente coincidenti, danno luogo ad una formazione progressiva della cosa giudicata dal punto di vista formale e sostanziale. Così il provvedimento del giudice assume *forza* di cosa giudicata ai sensi dell'art. 500, N.c.p.c., quando non è o non è più suscettibile di un ricorso sospensivo dell'esecuzione -perchè il termine è scaduto o perchè le parti vi hanno rinunciato- quale l'appello, l'opposizione od il ricorso in Cassazione nei rari casi in cui lo stesso ha efficacia sospensiva (ciò si verifica nell'ipotesi in cui lo Stato sia stato condannato al pagamento di una somma, ai sensi del decreto del 16 luglio 1973, ovvero in caso di divorzio o di separazione personale dei coniugi ex art. 1121, N.c.p.c., ad eccezione delle controversie riguardanti la pensione, l'affidamento, il godimento dell'abitazione e dei mobili secondo quanto disposto dall'art. 1122, N.c.p.c.). La forza di cosa giudicata dipende dunque nel sistema francese, unicamente dall'impossibilità di arrestare l'esecuzione del provvedimento e non implica anche una sua immutabilità: soltanto quando la pronuncia non è più suscettibile nemmeno dei ricorsi straordinari previsti dall'art. 579, N.c.p.c., alla forza di cosa giudicata si aggiunge l'irrevocabilità della stessa che diviene <<*décision définitive de justice*>> (sul significato di questa espressione Cass. civ. 9 dicembre 1987, *Dalloz*, 1988, 461; Com. 19 gennaio 1981, id., 1982, I.R., 168).

La forza di cosa giudicata investe il dispositivo del provvedimento, senza estendersi alla motivazione. Tuttavia la giurisprudenza è propensa ad estendere il giudicato anche alle questioni implicitamente decise, con la sola eccezione di quelle già contenute in un provvedimento interlocutorio per il quale la legge esclude l'autorità di giudicato (in giurisprudenza: Com. 28 giugno 1988, *Dalloz*, 1989, Somm., 273; Cass. civ. 24 febbraio 1988, *J.C.P.*, 1989, II, 21189, con osservazioni critiche di B. Lemintier-Feuillet; 20 marzo 1978, id., 1978, IV, 166).

L'efficacia del giudicato opera tra le parti ed impedisce che quanto deciso possa essere rimesso in discussione con una nuova azione.

Sull'argomento: R. Perrot, Voce Chose jugée, Enc. *Dalloz*, Rép. proc. civ., Vol. I; H. Motusky, Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile, *Dalloz*, 1968, Chron., 1; R. Martin, Les contradictions de la chose jugée, *J.C.P.*, 1959, I, 2938; Boyer, Des effets des jugements à l'égard des tiers, *Rev. trim. droit civile*, 1951, 163.

¹⁵⁴L'art. 488, N.c.p.c., dispone: <<*L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.*

Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles.>>

soluzione di una questione di merito che il secondo avesse incidentalmente preso, il cui valore rimane, in assenza di giudizio, circoscritto al mero giudizio di verosimiglianza della questione oggetto della misura provvisoria ¹⁵⁵.

L'ambito delle competenze spettanti al magistrato dei *référé*, resta così istituzionalmente separato dalle questioni di merito, limitandosi alla sfera <<dell'evidente e dell'incontestabile>> ¹⁵⁶.

Ciò comporta la piena compatibilità dei due giudizi -tra i quali la giurisprudenza esclude la configurabilità di un rapporto di litispendenza ¹⁵⁷- e la possibilità di proporre un'autonoma istanza in *référé* anche quando sia già pendente il procedimento principale ¹⁵⁸, fino alla nomina del giudice della *mise en état* il quale, una volta designato, resta esclusivamente competente in materia di misure provvisorie, ai sensi dell'art. 771, N.c.p.c. ¹⁵⁹.

Allo stesso modo l'assenza di autorità di cosa giudicata dell'ordinanza di *référé*, si riflette nei confronti del procedimento penale la cui pendenza non impedisce al magistrato di intervenire sul medesimo oggetto e di disporre in sua tutela misure provvisorie di natura civilistica, derogando in tal modo alla regola secondo la quale l'esercizio dell'azione penale sospende il procedimento civile ¹⁶⁰.

Tuttavia è necessario sottolineare come un'ipotesi di conflitto tra il procedimento

¹⁵⁵P. Bertin, *Référé civil*, cit., n. 20.

¹⁵⁶L'espressione è di J. Normand, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, Rev. trim. droit civil, 1986, 170.

¹⁵⁷Cass. civ. 17 maggio 1982, Rev. trim. droit civil, 1983, 587.

¹⁵⁸Sul *référé*, così detto <<en cour d'instance>>: Ch. César-Bru, P. Hébraud, J.P. Seignolle, G. Odoul, *Traité théorique et pratique des référés et des ordonnances sur requête*, cit., n. 21.

¹⁵⁹Il principio sancito dall'art. 771, N.c.p.c., ha quale unica eccezione il caso in cui il *référé* sia diretto alla revoca o alla modifica di un'ordinanza resa su *requête* che può essere disposta solo dallo stesso magistrato che l'ha emessa ai sensi dell'art. 497, N.c.p.c..

¹⁶⁰Tale regola, che trova espressione nella massima <<le criminel tient le civil en état>>, è dettata dall'art. 4 del Code de procédure pénale.

Per le pronunce che sanciscono la deroga di tale principio in materia di *référé*: Cass. civ. 12 febbraio 1992, J.C.P., 1992, IV, 1103, 119; Com. 14 febbraio 1989, Bull. civ., 1989, IV, 65.

in référé e il processo di merito, teoricamente eccezionale dato il dovere del primo di dichiararsi incompetente se la controversia è di tal natura da non poter prescindere, neanche in via provvisoria, dall'analisi del merito, sia, di fatto, resa altamente probabile dall'ampliamento della sfera di applicazione del référé attuata dalla legislazione più recente intervenuta in particolare sull'art. 809, N.c.p.c., (nonchè sulle disposizioni corrispondenti relative alle altre giurisdizioni), permettendo l'adottabilità di misure provvisorie anche in presenza di <<contestazioni serie>> (*infra*).

In tali circostanze la dottrina non ha mancato di rilevare come a garanzia della reale separazione della giurisdizione ordinaria dalle pronunce rese in référé e dell'effettiva provvisorietà di quest'ultime, il principio che sancisce la loro inidoneità ad assumere l'autorità di giudicato deve essere reso effettivo da un sistema capace di assicurare quelle restituzioni che si rendessero eventualmente necessarie nelle ipotesi in cui la pretesa azionata in référé risultasse infondata nel merito ¹⁶¹.

Ferme restando le osservazioni che precedono circa l'impossibilità dell'ordinanza di référé di assumere forza di giudicato, la dottrina e la giurisprudenza francese riconoscono nondimeno a tale provvedimento, una limitata autorità che, in un'apparente contraddizione di termini, è definita <<au provisoire>> ¹⁶².

Con tale espressione si intende fare riferimento a quanto disposto nel secondo

¹⁶¹Sotto questo profilo si manifesta la pericolosità di quella giurisprudenza che dispone in via di référé anche quelle misure provvisorie dalle quali possono derivare conseguenze irreversibili. Per spunti riflessivi su questo problema: G. Couchez, *Référé-provision, mesure ou démesure?*, Mélanges Raynaud, Dalloz, 1985, 161.

¹⁶²L'espressione è di P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit. 20. Nel senso indicato si esprimono anche Hébraud, Seignolle, Odoul, cit., n. 39; Ph. Bertin, cit., n. 17. In giurisprudenza: Cass. civ. 29 giugno 1988, Bull. civ., 1988, III, n. 118; 25 giugno 1985, id., 1985, II, n. 100.

comma dell'art. 488, N.c.p.c, per il quale l'ordinanza <<non può essere modificata o annullata in référé che in caso di circostanze nuove>>¹⁶³.

L'autorità "provvisoria" che i giuristi riconoscono alla misura resa in référé, consiste dunque, nell'obbligo di questo giudice di mantenere ferma la decisione resa fintanto che nella situazione che aveva giustificato l'emissione del provvedimento, non intervengano cambiamenti di natura giuridica o afferenti le circostanze di fatto tali da giustificarne la revisione¹⁶⁴.

La relativa stabilità dell'ordinanza che deriva da siffatta disposizione, è accentuata dall' interpretazione restrittiva che la giurisprudenza ormai consolidata, dà dell'espressione <<circostanze nuove>>, escludendo dal novero delle stesse l'allegazione di fatti già preesistenti all'istanza¹⁶⁵, o la modifica di testi legislativi applicabili¹⁶⁶.

Un certo spazio viene invece riconosciuto alle risultanze probatorie emerse nello stesso giudizio di référé che forniscano al giudice obiettivi elementi di apprezzamento dei quali era inizialmente sprovvisto¹⁶⁷.

¹⁶³Per il testo francese dell' art. 488, secondo comma, N.c.p.c, V. *supra* nota 154.

¹⁶⁴Vincent, Guinchard, *Procédure civile*, cit., 518; Bertin, cit., n. 17.

La giurisprudenza si esprime relativamente all'art. 488, secondo comma, N.c.p.c., affermando che: <<*En l'absence de fait nouveau, le juge des référés ne saurait méconnaître l'autorité s'attachant aux ordonnances antérieurement rendues entre les parties*>> Cass. 25 giugno 1986, *Bull. civ.*, 1986, II, n. 100; 29 giugno 1988, id., 1988, III, n. 118.

¹⁶⁵Cass. civ. 3 ottobre 1984, *Bull. civ.*, 1984, II, 161.

¹⁶⁶Cass. civ. 30 novembre 1983, *Rev. trim. droit civil*, 1984, 354.

Sulla nozione di <<circostanze nuove>> V. anche Cass. 17 luglio 1974, *J.C.P.*, 1974, IV, 328; 11 ottobre 1977, id., IV, 293; 17 novembre 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, Pan. 119.

¹⁶⁷Così il deposito di una perizia (expertise) può costituire una circostanza nuova che giustifica la revoca o la modifica di un'ordinanza di référé: Com. 6 luglio 1993, *Dalloz*, 1993, I.R., 216; Trib. gr. ist. Paris 11 marzo 1975, *Gaz. Pal.*, 1975, II, Somm., 244.

Più estensiva è invece l'interpretazione proposta dalla dottrina e dalla (scarsa) giurisprudenza italiana relativamente a quei <<mutamenti di circostanze>> a cui l'art. 669 decies del nostro Codice di procedura civile subordina la revoca o la modifica delle misure cautelari. La giurisprudenza di legittimità sembra orientata ad accogliere gli insegnamenti di quegli Autori che interpretano tale espressione in modo da ricomprendervi sia la sopravvenienza di fatti non ancora esistenti al momento dell'emanazione del provvedimento, sia dei fatti allo stesso preesistenti ma non ancora allegati o, ancora, l'emersione di nuove prove; in tal senso: A. Proto Pisani, *Lezioni di*

8. LA PROVVISORIA ESECUTORIETA' DELL'ORDINANZA RESA IN REFERE

Il combinato disposto degli articoli 489 e 514, N.c.p.c., conformemente alla funzione svolta dal référé quale come procedura "rapida", conferisce all'ordinanza il carattere di provvedimento provvisoriamente esecutivo <<de droit>>¹⁶⁸.

Le pronunce a cui consegue questo beneficio costituiscono per l'ordinamento francese, un'eccezione tanto all'effetto sospensivo dell'esecuzione di cui, per principio generale, sono dotate le vie di ricorso ordinarie (*infra*), quanto al potere discrezionale del giudice il quale, in virtù dell'art. 515, N.c.p.c., può ordinare su domanda di parte o anche d'ufficio, l'esecuzione provvisoria della pronuncia emessa.

La natura provvisoriamente esecutiva dell'ordinanza emessa in référé consente pertanto al beneficiario della pronuncia, di procedere coattivamente alla sua esecuzione anche qualora la parte soccombente abbia proposto l'appello o l'opposizione nei casi previsti dall'art. 490, N.c.p.c., poichè la forza esecutiva <<di

diritto processuale civile, cit., 714; C. Consolo, F.P. Luiso, B. Sassani, La riforma del processo civile. Commentario, Milano, 1991, 501; F. Carpi, M. Taruffo, Commentario breve al Codice di procedura civile, Padova, 1994, 231.

In giurisprudenza : Trib. Bari 25 marzo 1993, Foro it., 1993, I, 1680.

Pel l'opposto orientamento che limita la possibilità di revoca o di modifica ai <<mutamenti di fatto extraprocessuali>> escludendo così i mutamenti delle allegazioni o delle risultanze istruttorie: F. Tommaseo, Il commento, Corriere giuridico, 1991, 104; G.Verde, L. F. Di Nanni, Codice di procedura civile, l. 26.11.90 n. 353, Torino, 1991, 257.

Quest'ultima posizione interpretativa muove dall'orientamento formatosi in punto di art. 708, quarto comma, c.p.c., dettato nel procedimento di separazione personale dei coniugi, dove già compariva l'espressione <<mutamenti di circostanze>>; sul punto: F. Cipriani, I provvedimenti presidenziali <<nell'interesse dei coniugi e della prole>>, Napoli, 1970, 265 ss..

¹⁶⁸L'art. 489, N.c.p.c., dispone: <<L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522.

En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute.>>

diritto>> che assiste questo provvedimento ai sensi dell'art. 514, N.c.p.c., indica come tale beneficio derivi direttamente dalle legge sottraendo alle parti e al magistrato, qualsiasi potere in proposito ¹⁶⁹.

L'esecuzione provvisoria resta anche in questa ipotesi, subordinata alla previa notifica dell'ordinanza di référé, secondo quanto disposto dai principi generali vigenti in materia di esecuzione ¹⁷⁰; solo caso di assoluta necessità il giudice può ordinare che l'esecuzione provvisoria avvenga <<sur minute>>, sulla base cioè del provvedimento originale e senza la preventiva notifica dello stesso (art. 489, secondo comma, N. c.p.c.)¹⁷¹.

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale a cui l'art. 489. N.c.p.c, ha dato luogo, si è essenzialmente concentrata nell'individuazione dei limiti a cui può essere subordinata la forza esecutiva dell'ordinanza di référé ed a tratteggiare i poteri che il giudice, tanto di primo quanto di secondo grado, conserva in materia.

La pericolosità insita nella natura provvisoriamente esecutiva di una misura concessa a seguito di una procedura sommaria in favore dell'attore che <<sembra aver ragione>> ¹⁷², ha fatto sorgere l'esigenza di disporre contromisure destinate a limitare gli effetti negativi prodotti dall'esecuzione provvisoria di un provvedimento che si riveli successivamente infondato.

a) <<Controcautele>> derivanti da meccanismi di responsabilità civile.

Una prima conseguenza di carattere generale legata all'esecuzione di una misura

¹⁶⁹J.J. Hanine, Le droit de l'exécution provisoire dans le Nouveau Code de procédure civile, J.C.P., 1976, I, 2756; C. Loyer-Larher, La réforme de l'exécution provisoire, Gaz. Pal., 1976, II, Doctr., 586; L. R. Rézenthel, L'exécution provisoire de plein droit et la hiérarchie des normes, id., 1988, I, Doctr., 310.

¹⁷⁰Cour appel Paris 23 marzo 1984, Dalloz, 1984, I.R., 248.

¹⁷¹Cour appel Paris 5 novembre 1958, Rev. trim. droit civil, 1959, oss. Raynaud.

In dottrina: Vincent e Guinchard, cit., 517; Bertin, cit., nn. 105 ss..

¹⁷²L'espressione virgolettata è di Proto Pisani, La nuova disciplina del processo civile, Napoli, 319.

provvisoria, è stata individuata dalla giurisprudenza francese formatasi relativamente all'art. 489, N.c.p.c., nel principio secondo il quale <<l'attore esegue a suo rischio e pericolo la decisione del giudice dei référé>> assumendosi l'onere del risarcimento dei pregiudizi causati dall'esecuzione stessa, nel caso in cui l'ordinanza sia infirmata dal giudizio di appello o di opposizione ¹⁷³.

Le regole di tutela adottate da un ordinamento giuridico sono, com'è noto, espressione della particolare conformazione della situazione sostanziale sottostante poichè il tipo di protezione predisposto, è sintomo del punto di equilibrio assunto tra la posizione del creditore e quella del debitore ¹⁷⁴.

In materia di esecuzione dei provvedimenti provvisori, il meccanismo risarcitorio costituisce il contenuto minimo di protezione riconosciuta alla parte contro la quale la misura è diretta poichè la funzione di controcautela dallo stesso svolta, sta esclusivamente nella forza deterrente esercitata sull'attore dalla minaccia della responsabilità per i danni causati dall'esecuzione, qualora la posizione tutelata in via provvisoria si riveli successivamente infondata.

b)<<Controcautele>> derivanti dalla prestazione di una cauzione.

L'efficacia dello strumento risarcitorio quale mezzo di riequilibrio tra la posizione dell'attore e del convenuto, trova il necessario rafforzamento nel collegamento esistente tra lo stesso danno risarcibile ed il potere del giudice di imporre una cauzione od una garanzia le quali costituiscono l'effetto attuale ed immediato della

¹⁷³Cass. 16 ottobre 1979, Dalloz, 1980, I.R., 99.

Principio analogo si rinviene nella responsabilità aggravata prevista nel nostro ordinamento dall'art. 96, secondo comma, c.p.c., alla quale il convenuto può essere chiamato a rispondere nel caso in cui il diritto a tutela del quale è stata concessa ed eseguita una misura cautelare, risulti inesistente a seguito del giudizio di merito.

¹⁷⁴M. Taruffo, L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, 1989, 65.

futura ed eventuale responsabilità dell'attore.

Nell'ordinamento francese il rapporto tra esecuzione del provvedimento e responsabilità della parte procedente, è sancito dall'art. 517, N.c.p.c. -a cui espressamente rinvia l'art. 489- il quale dispone che: <<L'esecuzione provvisoria può essere subordinata alla costituzione di una garanzia, reale o personale, sufficiente per rispondere di tutte le restituzioni o riparazioni>>¹⁷⁵.

L'ampia formulazione di questa norma estende la portata della disposizione ben oltre l'ambito strettamente risarcitorio poichè le <<garanzie reali o personali>> che il giudice può imporre all'attore, costituiscono un efficace strumento non solo per ottenere la riparazione dei danni per equivalente monetario ma -ove naturalmente ciò sia reso possibile dalla natura non irreversibile del pregiudizio arrecato- il ripristino dello *status quo ante*.

L'art. 517, N.c.p.c., costituisce in effetti il frutto di una evoluzione normativa rispetto al previgente art. 135 dell'ancien Code de procédure civile¹⁷⁶, attraverso il quale il legislatore ha recepito anche in questa materia quella <<tensione all'adempimento specifico>> che l'ordinamento francese manifesta a livello

¹⁷⁵Il testo francese dell'art. 517, N.c.p.c, letteralmente dispone:<<*L'exécution provisoire peut être subordonnée à la constitution d'une garantie, réelle ou personnelle, suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations.*>>

Sull'interpretazione di tale norma: Vincent, Guinchard, Procédure civile, cit., 765 ss..

Per il problema delle restituzioni e del risarcimento alla vittima dell'esecuzione: Toulemon, La responsabilité du plaideur triomphant et téméraire, J.C.P., 1968, I, 2102.

Allo stesso modo la responsabilità processuale prevista dall'art. 96, secondo comma, del nostro Codice di procedura civile, trova il suo *pendent* nell'art. 669 undecies che attribuisce al giudice cautelare il potere discrezionale di imporre -valutata ogni circostanza- una cauzione contestualmente al provvedimento di accoglimento, di conferma o di modifica della misura, cauzione la cui funzione è, appunto, quella di <<limitarsi a garantire l'eventuale risarcimento del danno>>: Carpi, Colesanti, Taruffo, Commentario al Codice di procedura civile, cit., 233; Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, cit., 664.

¹⁷⁶L'art. 135 dell'ancien Code de procédure civile, come il nostro attuale art. 669 undecies, c.p.c., prevedeva esclusivamente il potere del giudice di disporre una cauzione.

In materia P. Hoonakker, Voce Exécution provisoire, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. II; G. Wiederkehr, D. Ambra, Voce Exécution des jugements et des actes, ibidem.

generale con il sistema delle astreinte ¹⁷⁷.

c) *Poteri del giudice per la sospensione dell'esecuzione del provvedimento provvisorio.*

La forza esecutiva <<di diritto>> di cui è dotata l'ordinanza di référé, ha posto numerosi problemi interpretativi in ordine alla individuazione dei poteri di intervento sul procedimento esecutivo, consentiti, pur in presenza di tale carattere, tanto al giudice di prima che a quello di seconda istanza.

In particolare nella vigenza del testo originario dell'art. 489, N.c.p.c., i giuristi francesi si erano domandati se il magistrato di primo grado pronunciato in référé, conservasse il potere previsto dall'art. 521, primo comma, N.c.p.c., di autorizzare la parte obbligata all'esecuzione, a consegnare una somma sufficiente a garantire il capitale, gli interessi e le spese oggetto della condanna, consegna che avrebbe avuto automaticamente l'effetto di evitare la prosecuzione della procedura esecutiva¹⁷⁸.

La Cour de Cassation si era pronunciata positivamente sul punto con una sentenza che, pur concernendo una fattispecie relativa ad un'ordinanza di référé emessa dal

¹⁷⁷In tal senso M. Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., 94, cui appartiene l'espressione virgolettata.

¹⁷⁸L'effetto sospensivo della procedura esecutiva, costituisce l'elemento principe che differenzia l'istituto regolato dall'art. 521, N.c.p.c., dalla garanzia disposta ex art. 517 dello stesso codice.

Ulteriore carattere differenziale è costituito dalla circostanza che la consegna effettuata ai sensi dell'art. 521 è subordinata all'istanza della parte obbligata ed alla autorizzazione del giudice, mentre le garanzie di cui all'art. 517 sono ordinate discrezionalmente da quest'ultimo.

Sulle condizioni di applicabilità dell'art. 521, N.c.p.c., nella giurisprudenza: Cass. civ. 23 gennaio 1991, J.C.P., 1991, IV, 106; Cour appel Paris 25 novembre 1983, Gaz. Pal., 1984, I, 102; Cass. civ. 6 ottobre 1982, id., 1983, Panor., 45.

Sull'art. 517, N.c.p.c., : Cass. civ. 1 aprile 1992 e 13 aprile 1992, Rev. trim. droit civil, 1993, 195; 31 gennaio 1985, Bull. civ., 1985, II, n. 27; Trib. gr. ist. Seine 11 giugno 1964, Rev. trim. droit civil, 1965, 188.

In dottrina: J.J. Hanine, *Le droit de l'exécution provisoire dans le Nouveau Code de procédure civile*, J.C.P., 1976, I, 2756; L.R. Rezenthel, *L'exécution provisoire de plein droit et la hiérarchie des normes*, Gaz. Pal., 1988, Doctr., 310; Ph. Bertin, *Pouvoirs respectifs du premier président et du magistrat de la mise en état en matière d'exécution provisoire*, id., 1978, Doctr., 83.

primo presidente della corte d'appello, si esprimeva in termini generali tali da indurre a ritenere consacrato lo stesso principio anche per il giudice di primo grado¹⁷⁹.

Il decreto del 12 maggio 1981, n. 81-500, ha posto fine ad ogni incertezza integrando nello stesso art. 489, primo comma, N.c.p.c., la disposizione che consente al giudice di subordinare l'esecuzione provvisoria alla costituzione di una garanzia, richiamando espressamente gli articoli da 517 a 522, N.c.p.c. ¹⁸⁰.

La consegna di cui all'art. 521, primo comma, N.c.p.c., resta tuttavia esclusa nel caso del *référé-provision (infra)*, dove l'esecutività del provvedimento, gioca senza nessuna possibilità di sospensione ¹⁸¹.

A livello d'appello, la forza esecutiva di diritto dell'ordinanza di *référé*, impedisce al primo presidente di sospendere l'esecuzione in virtù del primo comma dell'art. 524, N.c.p.c., il quale suppone che l'esecutorietà sia stata ordinata dal giudice.

L'iniquità delle situazioni create da tale divieto, operante anche nelle ipotesi in cui dall'esecuzione possano derivare <<conseguenze manifestamente eccessive>> ¹⁸², ha originato una giurisprudenza incerta che oscilla tra il riconoscimento e la negazione del potere del primo presidente di intervenire in forza della sua competenza in materia di *référé* prevista dall'art. 956, N.c.p.c., per sospendere

¹⁷⁹Cass. civ. 2 luglio 1980, Rev. trim. droit civil, 1981, 215, con nota di R. Perrot.

Sul punto V. anche Vincent, Guinchard, Procédure civile, cit., 762, nota 1; Bertin, Référé civil, cit., n. 35.

¹⁸⁰Per il testo dell'art. 489, N.c.p.c., V. *supra* nota 168.

¹⁸¹Vincent, Guinchard, cit., 762.

¹⁸²Sulla nozione di <<conseguenze manifestamente eccessive>> (*conséquences manifestement excessives*), contenuta nel punto n. 2 dell'art. 524, N.c.p.c.: Cour appel Rennes 25 febbraio 1992, Gaz. Pal., 1992, 673; Cour appel Paris 8 marzo 1991 e 13 marzo 1991, Bull. avoué, 1991, II, 73; Cass. civ. 31 gennaio 1984, J.C.P., 1984, IV, 112; Cour appel Bordeaux 16 marzo 1981, id., 1982, IV, 223; Soc. 4 gennaio 1979, id., 1979, IV, 79.

l'esecutività dell'ordinanza ¹⁸³.

Il decreto n. 81-500, intervenuto in modifica anche dell'art. 524, N.c.p.c., ha espressamente escluso il potere del primo presidente di autorizzare la consegna di cui al primo comma dell'art. 521, N.c.p.c. -che, come abbiamo precedentemente ricordato, la giurisprudenza ammetteva invece in via interpretativa ¹⁸⁴- limitando la possibilità di intervento dello stesso sulla procedura esecutiva, alle misure previste dagli artt. 521, secondo comma, e 522, N.c.p.c., concernenti rispettivamente, la possibilità di affidare la custodia delle somme dovute quale risarcimento di un danno corporale ad un terzo(séquestre), incaricandolo di versare periodicamente alla vittima una somma determinata dal giudice, e la possibilità di autorizzare la sostituzione della garanzia originariamente prescritta, con una equivalente ¹⁸⁵.

¹⁸³Ammettono il potere del primo presidente della corte d'appello di disporre, in virtù dell'art. 956, N.c.p.c, una misura non seriamente contestabile che arresti l'esecuzione provvisoria di una pronuncia esecutiva di diritto, subordinatamente all'urgenza e alla sopravvenienza di un fatto nuovo: Cour appel Basse-Terre 19 marzo 1990, Dalloz, 1990, I.R., 121; Cour appel Paris 6 luglio 1984 e 10 luglio 1985, Bull. avoué, 1985, 122; 13 febbraio 1973, Rev. trim. droit civil, 1973, 386; *contra* Cour appel Paris 31 ottobre 1990, Bull. avoué, 1990, IV, 148; 20 marzo 1985, id., 1985, 62; 31 ottobre 1979, id., 1979, n. 74, 34.

¹⁸⁴Cass. civ. 2 luglio 1980, cit., *supra*, nota 179.

¹⁸⁵A. Blaisse, Arrêt et aménagement de l'exécution provisoire par le premier président, J.C.P., 1985, I, 3183; Ph. Gerbay, Réflexions sur la jurisprudence du premier président de la cour d'appel, Dalloz, 1980, Chron., 65; Ph. Bertin, pouvoirs respectifs du premier président et du magistrat de la mise en état, cit., 83.

Nell'ordinamento italiano con l'entrata in vigore della riforma del processo civile del 1990 l'attuazione dei provvedimenti cautelari ha trovato una disciplina specifica nell'art. 669 duodecies, c.p.c., il quale, pur lasciando aperta una serie di problemi, ha perlomeno dettato le direttrici di fondo della materia (Per i problemi interpretativi sorti in Italia prima dell'entrata in vigore della riforma: B. Capponi, Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimenti d'urgenza per condanna al pagamento di somme, Riv. dir. proc. civ., 1989, 88; G. Verde, L'attuazione dei provvedimenti d'urgenza, id., 1985, 725).

Secondo una parte della dottrina italiana questa disposizione consente una limitata applicazione della sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 624, c.p.c., solo nell'ambito delle procedure di attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro, in virtù del rinvio disposto dallo stesso art. 669 duodecies alle disposizioni contenute negli artt. 491 e ss., c.p.c. (in tal senso Proto Pisani, La nuova disciplina del processo civile, cit., 363, secondo il quale l'applicabilità della sospensione dell'esecuzione è, in questi casi, strettamente dipendente dai limiti di ammissibilità delle opposizioni all'esecuzione e <<non potrà mai essere fondata su ragioni di rito o di merito che il destinatario passivo della misura cautelare ha l'onere di far valere unicamente tramite il reclamo ex art. 669 terdecies, l'istanza di revoca o di modifica ex art. 669 decies, nonché (...) nel corso del processo a cognizione piena>>. Per l'esclusione di qualsiasi opposizione all'esecuzione e pertanto, della possibilità di sospensione della stessa si esprimono invece G.

9. IL RICORSO ALLE ASTREINTE

L'articolo 491, primo comma, del Nouveau Code de procédure civile, autorizza espressamente il giudice dei référés a pronunciare, a fianco della misura ordinata, la condanna al pagamento di un'astreinte, precisando il potere dello stesso di liquidarne l'ammontare a titolo provvisorio :<<Le juge statuant en référé peut prononcer des condamnations à des astreintes. Il peut les liquider, à titre provisoire.>>

L'astreinte costituisce una sanzione di natura pecuniaria, destinata ad assicurare l'efficacia della decisione giurisdizionale: essa si configura come misura accessoria di una condanna principale¹⁸⁶ ed è finalizzata <<a vincere la resistenza di un debitore recalcitrante e ad indurlo ad eseguire una decisione di giustizia>> ponendo a carico dello stesso, l'onere di pagare una somma che si determina proporzionalmente al ritardo nell'adempimento¹⁸⁷.

L'istituto è conosciuto dall'ordinamento francese in due differenti tipologie le quali distinguono l'*astreinte provvisoria* e l'*astreinte definitiva*, a seconda che il

Verde, L. F. Di Nanni, Codice di procedura civile, cit., 269, i quali reputano essorbenti ed esaustivi i controlli effettuabili attraverso il reclamo o la revoca o la modifica del provvedimento). In ogni caso al giudice del reclamo l'ultimo comma dell'art. 669 terdecies, c.p.c., riserva il potere di sospendere l'esecuzione del provvedimento cautelare (o di subordinarla alla prestazione di una congrua cauzione), quando <<per motivi sopravvenuti>> quest'ultimo arrechi <<grave danno>>.

L'invocabilità della norma deve ritenersi limitata alle conseguenze dannose che l'esecuzione della cautela può determinare a carico del soggetto passivo rimanendo pertanto escluse dall'ambito dei motivi sopravvenuti, le ragioni che attengono alle condizioni di ammissibilità dello stesso provvedimento cautelare (in tal senso Carpi, Colesanti, Taruffo, op. loc. cit.).

¹⁸⁶V. ad esempio, Cass. soc. 27 giugno 1990, Bull. civ., 1990, V, n. 314.

In certi casi la giurisprudenza sembra addirittura conferire all'astreinte un carattere reale ammettendo che il credito dalla stessa derivante possa essere ceduto unitamente all'immobile venduto: Cass. 20 aprile 1982, Rev. trim. droit civil, 1983, 338, con oss. di F. Chabas, ove il venditore ha ceduto al compratore il "credito d'astreinte" maturato per effetto di una pronuncia di espulsione di un terzo occupante il bene alienato.

¹⁸⁷F. Chabas, Voce Astreintes, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. I, n. 1 ove si rinviene l'espressione virgolettata.

magistrato possa o meno rivederne l'importo al momento della liquidazione ¹⁸⁸.

L'origine di questa misura risale agli inizi del XIX secolo ove la stessa si delinea in stretta connessione con la materia risarcitoria ad opera della giurisprudenza che, in sede di quantificazione dei danni e dei relativi interessi, valutava gli stessi in modo indipendente dal valore del pregiudizio subito -e, talvolta, anche in assenza dello stesso ¹⁸⁹- ed in misura suscetibile di essere riveduta ¹⁹⁰.

La *Cour de Cassation* con pronuncia del 22 novembre 1841 ¹⁹¹, negò espressamente che la possibilità di rivedere l'importo del risarcimento potesse costituire un attentato all'autorità del giudicato, affermando come le condanne al pagamento di *dommages-intérêts* rese *par avance*, fossero, per loro natura, provvisorie.

A questa ipotesi, la quale alludeva a quella che sarebbe successivamente divenuta l'astreinte, per l'appunto, provvisoria, circa un ventennio più tardi si affiancò sempre ad opera della giurisprudenza, l'astreinte definitiva.

Il Giudice francese di legittimità, rivedendo le precedenti affermazioni espresse circa la necessaria provvisorietà e modificabilità delle somme riconosciute *par avance* a titolo di risarcimento danni, con sentenza del 24 gennaio 1865 ¹⁹² si

¹⁸⁸L'astreinte provvisoria è talvolta impropriamente indicata come <<*astreinte comminatoire*>> mentre quella definitiva come <<*astreinte non comminatoire*>>: l'improprietà di quest'ultima espressione deriva dalla circostanza che l'astreinte definitiva è, in realtà, più afflittiva di quella provvisoria proprio in ragione della sua definitività che non lascia alla parte condannata la speranza di una revisione della stessa da parte del giudice: Chabas, *Astreintes*, cit., n. 3.

¹⁸⁹Trib. civ. Cray 25 marzo 1811, *Jur. gén.*, 1811, voce *Chose jugée*, n. 386; Cass. 4 giugno 1834, *Rec. Sirey*, 1835, I, 39; 29 gennaio 1834, *id.*, 1834, I, 129; 26 luglio 1854, *Dalloz*, 1854, I, 297.

¹⁹⁰Cass. 28 dicembre 1824, *Rec. Sirey*, 1825, I, 166.

Questo orientamento che, secondo Chabas, op. loc.cit., n. 6, rappresenta la presa di coscienza da parte dei giudici del loro *imperium*, si riconnetteva al brocardo <<*nemo praecise cogi potest ad factum*>> recepito nell'art. 1142 del Code civil, tutt'oggi in vigore, che dispone: <<*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.*>>.

¹⁹¹Cass. 22 novembre 1841, *Rec. Sirey*, 1842, I, 170

¹⁹²Cass. 24 gennaio 1865, *Dalloz*, 1865, I, 227.

pronunciò in favore di una determinazione definitiva delle stesse, autorizzando a qualificare quale <<pena accessoria>>, la condanna pecuniaria relativa al ritardato adempimento.

Fu ancora la *Cour de Cassation* a farsi promotrice dell'evoluzione dell'istituto, con l'importante pronuncia del 20 ottobre 1959¹⁹³ in occasione della quale, sotto l'influenza della legge del 21 luglio 1949, fu sancita la necessità di liquidare l'ammontare dell'astreinte in proporzione al ritardo nell'adempimento ed il suo carattere autonomo rispetto al risarcimento danni¹⁹⁴.

In materia di *référé* la giurisprudenza ha negato per lungo tempo il potere del giudice di pronunciare astreinte¹⁹⁵ ma l'enorme sviluppo di cui l'istituto fu oggetto e la legge del 1 luglio 1938 che conferì a questo magistrato la facoltà di pronunciare astreinte in campo di infortunistica stradale, indusse ad una generalizzazione della misura a tutte le giurisdizioni di *référé*¹⁹⁶.

La legge del 5 luglio 1972, n. 72-626, ha recepito a livello normativo i principi giurisprudenziali fino ad allora delineatisi, consacrando il carattere autonomo dell'astreinte rispetto al risarcimento danni ed il carattere provvisorio o definitivo

¹⁹³Cass. 20 ottobre 1959, Rev. trim. droit civil, 1959, 778, con oss. di P. Hébraud; J.C.P., 1960, II, 11449, con oss. di P. Mazeaud.

¹⁹⁴La legge del 21 giugno del 1949, ancora in vigore, regola l'astreinte in materia di espulsione ed ha rappresentato un momento importante nell'evoluzione dell'istituto. Secondo tale testo, in ragione del carattere comminatorio l'astreinte deve essere liquidata solo a pronuncia eseguita (art. 1); il suo ammontare non deve mai oltrepassare il pregiudizio effettivamente subito (art. 2 il quale dispone che <<le montant de l'astreinte une fois liquidée ne pourra excéder la somme compensatrice du préjudice effectivement causé (...)>>; l'astreinte deve essere infirmata nei casi di forza maggiore che hanno impedito al locatario di liberare l'immobile ed inoltre può essere inferiore al pregiudizio subito quando lo stesso ha incontrato particolari difficoltà nell'esecuzione del provvedimento (art. 2).

César-Bru, Hébraud, Seignolle, La juridiction du Président du tribunal, cit., 185.

¹⁹⁵Cass. 10 giugno 1898, Dalloz, 1898, I, 536; Trib. civ. Pau 15 marzo 1911, Rec. Sirey, 1911, II, 116.

¹⁹⁶Cass. soc. 28 marzo 1950, Dalloz, 1950, Jur., 377; 18 ottobre 1951, Rev. trim. droit civil, 1952, 71; Cass. com. 28 gennaio 1952, J.C.P., 1952, IV, ed. G., 51; 17 aprile 1956, id., 1956, ed. G., 77. J. Normand, La pratique des astreintes, Rev. trim. droit civil, 1985, 440.

che la stessa può assumere ¹⁹⁷.

La materia è stata recentemente oggetto di una completa revisione da parte della legge 9 luglio 1991, n. 91-650, la quale è intervenuta in riforma delle procedure civili di esecuzione dando una nuova collocazione sistematica alle astreinte.

Essa ha mantenuto inalterati i principi previgenti arricchendo tuttavia la normativa con alcune precisazioni, dirette essenzialmente a chiarire i problemi interpretativi che si erano delineati nella giurisprudenza ¹⁹⁸ sotto il vigore della legge del 1972.

La novella risolve in senso negativo la questione relativa al potere del giudice dei référé di pronunciare un'astreinte per assicurare l'esecuzione della decisione emessa da un altro organo giudiziario che, un certo orientamento giurisprudenziale, con una sollecitazione forse eccessiva della lettera dell'art. 491, N.c.p.c., tendeva a riconoscergli ¹⁹⁹: nel regime attuale tale potere è riservato dall'art. 33, al giudice dell'esecuzione che potrà esercitarlo <<se le circostanze ne fanno apparire la necessità>> ²⁰⁰.

Come per le altre giurisdizioni anche quella di référé vede inoltre limitato dall'art. 34, il potere del magistrato di ordinare un'astreinte definitiva.

Il legislatore francese del 1991 ha infatti privilegiato le astreinte di natura provvisoria, le quali lasciano al giudice il potere di modificare il loro ammontare in fase di liquidazione: a tal fine ha disposto nell'art. 34, secondo e terzo comma,

¹⁹⁷Per osservazioni sulla legge del 1972, n. 626, M. Taruffo, L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 93.

¹⁹⁸F. Chabas, *La réforme de l'astreinte*, Dalloz, 1992, Chron., 299.

¹⁹⁹Com. 21 gennaio 1992, Gaz. Pal, 1993, Somm., 10; Cour appel Versailles 2 maggio 1986, id., 1986, 465; Trib. gr. ist. Grenoble 23 maggio 1984, id., 1985, Somm., 32.

In dottrina Vincent, Guinchard, *Procédure civile*, cit., 397.

²⁰⁰L'art. 33 della legge n. 91-650 dispone: <<*Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision.*

Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité.>>

L. 91/650, che in assenza di una diversa ed esplicita precisazione del giudice l'astreinte debba considerarsi provvisoria e che un'astreinte definitiva possa essere ordinata solo successivamente ad una provvisoria ²⁰¹.

²⁰¹Sul punto G. Couchez, *Voies d'exécution*, cit., 5 ss..

L'art. 34, l. n. 91-650, dispone <<(....) *L'astreinte doit être considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif.*

Une astreinte définitif ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine. Si l'une de ces conditions n'a pas été respectée, l'astreinte est liquidée comme une astreinte provisoire.>>

CAPITOLO III

LA COMPETENZA IN MATERIA DI REFERE

10. PRINCIPI INFORMATORI

All'esigenza di organizzare la ripartizione del contenzioso in modo da adattare ad ogni categoria di affari un organo giudicante che sia il più idoneo per competenza e specializzazione a conoscere delle differenti controversie in ragione dell'importanza degli interessi in gioco e delle caratteristiche intrinseche della lite, ha corrisposto la particolare articolazione del sistema giudiziario attualmente vigente in Francia dove, seguendo un cammino evolutivo inverso da quello percorso nel nostro Paese, si è scelto di mantenere distinta la competenza civile da quella commerciale e di procedere ad una progressiva istituzione di organi specializzati nella trattazione di alcune particolari materie ²⁰².

Nell'ambito delle procedure cautelari o comunque di quei procedimenti fondati su esigenze di celerità ed economicità scaturenti dalla particolare natura della lite o giustificate dalle speciali circostanze inerenti alla controversia, entrambi gli ordinamenti hanno tuttavia seguito in materia di competenza, le medesime direttrici che hanno condotto a due scelte di fondo concernenti: a) l'individuazione dell'organo giurisdizionalmente competente sulla base delle regole generali di competenza vigenti per il merito; b) l'attribuzione del potere di emettere questi provvedimenti, ad un giudice monocratico anche quando la competenza di merito spetti ad un ufficio giudiziario a composizione collegiale.

²⁰²Ci si riferisce, ad esempio, all'istituzione dei tribunaux paritaires des baux ruraux avvenuta in virtù di una legge del governo Vichy del 4 settembre 1943; alla creazione delle giurisdizioni di sicurezza sociale a seguito della legge del 24 ottobre 1946; alla nascita del Conseil de prud'hommes ad opera di una legge napoleonica del 18 marzo 1806.

Per una ricostruzione dell'evoluzione del sistema giudiziario francese nonché per un quadro degli inconvenienti legati alla proliferazione delle giurisdizioni speciali: R. Perrot, *Institutions judiciaires*, cit., 96 ss..

10.1. APPLICABILITA' DELLE REGOLE GENERALI DI COMPETENZA ED ECCEZIONI A TALE PRINCIPIO

Il principio della corrispondenza tra la competenza cautelare e quella di merito adottato in Italia con la riforma del processo civile del 1990 allo scopo di unificare i diversi criteri fino ad allora operanti nella materia, costituisce la regola generale vigente anche nell'ordinamento francese per le procedure di référé, alle quali sono applicabili le disposizioni contenute negli artt. da 33 a 52 del Nouveau Code de procédure civile nonché le norme specifiche previste per ciascuna giurisdizione²⁰³. Questo principio di linearità che valorizza i criteri di competenza dettati per il merito, riceve tuttavia in entrambi i sistemi, una serie di deroghe.

Relativamente alla competenza per materia e per valore, la regola conosce nei due ordinamenti una sola eccezione costituita dalla sottrazione al conciliatore o al giudice di pace italiano di qualsiasi potere cautelare -sia prima che nel corso della causa di merito- devoluto in loro vece al pretore dagli artt. 669 ter, comma secondo, e 669 quater, comma terzo, c.p.c., nella probabile volontà di riservare ad un giudice professionale l'esercizio dell'*imperium* collegato all'emanazione dei provvedimenti cautelari²⁰⁴.

Eccezioni più significative al normale raccordo tra il giudice cautelare o dei référé e giudice di merito, sussistono invece per la competenza territoriale.

²⁰³Ph. Bertin, Référé civil, cit., nn. 43 ss.; P. Estoup, La pratique des procédures rapides, cit., 26 ss..

Per indicazioni sulle regole di competenza vigenti in Italia a seguito della legge 353/90: Consolo, Luiso, Sassani, La riforma del processo civile, cit., 434 ss.; A. Attardi, Le nuove disposizioni sul processo civile, Milano, 1991, 230 ss.; Carpi, Taruffo, Commentario breve al Codice di Procedura civile, cit., 207 ss.; Tommaseo, Il commento, cit., 98 ss.; Proto Pisani, Diritto processuale civile, cit., 702 ss.; Verde, Di Nanni, Codice di procedura civile, cit., 244 ss..

²⁰⁴In tal senso Consolo, Luiso, Sassani, cit., 439.

In particolare l'ordinamento francese attribuisce la competenza in materia di référé, al giudice del luogo in cui le misure urgenti devono essere eseguite, attribuendo a questo ufficio la funzione di vero e proprio foro alternativo rispetto a quello individuato in base alle regole di competenza vigenti per il merito.

L'aspetto peculiare di questa competenza concorrente, è costituito dalla circostanza che tale disposizione non è sancita a livello legislativo ma costituisce un principio consacrato esclusivamente dalla giurisprudenza fin dal XIX secolo²⁰⁵, a riprova del ruolo di fonte normativa svolto dalla stessa nell'ambito delle procedure di référé.

L'operatività di questo criterio di competenza -giustificato dall'opportunità che può ricorrere in certe controversie di agire in un determinato luogo e dalla maggior facilità con cui il giudice del foro in cui la misura deve essere eseguita, può procedere ad eventuali consultazioni o perizie- si delineò inizialmente in materia di *saisie*²⁰⁶, tradizione che giustifica l'odierno perpetuarsi di tale criterio di collegamento solo per le misure d'urgenza²⁰⁷: *<< Si, en principe, le juge de référé doit appartenir territorialement à la juridiction appelée à statuer sur le fond, cette compétence n'exclut pas celle du juge dans le ressort duquel est né l'incident ou de celui dans le ressort duquel le mesures urgentes doivent être prises >>*²⁰⁸.

²⁰⁵Cass. civ. 4 maggio 1910, Recueil Sirey, 1912, I, 580; 21 novembre 1923, id., 1924, I, 167; Cass. ch. Reg. 20 gennaio 1941, Rev. trim. droit civil, 1941, 493; Cass. civ. 9 dicembre 1976, Gaz. Pal., 1977, I, Panor., 82.

In dottrina: Estoup, cit., 27; Bertin, cit., n. 45.

²⁰⁶V. nota precedente.

²⁰⁷Estoup, La pratique des procédures rapides, cit., 27 e 28.

²⁰⁸Cass. 10 luglio 1991, Bull. civ., 1991, II, n. 233.

Tale principio comporta pertanto che, ad esempio, in materia di misure conservative possa essere adito il giudice del luogo in cui le misure devono essere prese: Cass. 9 dicembre 1976, Bull. civ., 1976, II, n. 330; Trib. gr. ist. Montpellier 25 giugno 1979, Rev. trim. droit civil, 1980, 609, con oss. di J. Normand.

Questa scelta, indicativa della volontà del nostro legislatore di escludere la vigenza di competenze alternative in materia cautelare, al fine di risolvere i dubbi applicativi e di eliminare il fenomeno

Solo in presenza di tale ultima circostanza la competenza del giudice del luogo in cui il provvedimento richiesto deve trovare attuazione, si pone pertanto come alternativa alla competenza territoriale che le norme generali, altrimenti, radicano:

a) in materia personale o mobiliare, difronte al giudice del luogo del domicilio del convenuto o, in caso di pluralità dei convenuti, nel luogo del domicilio di uno di essi (art. 42, N.c.p.c.); b) in materia di diritti reali immobiliari, difronte al giudice del luogo in cui si trova l'immobile (art. 44, N.c.p.c.); c) in materia contrattuale, alternativamente difronte al giudice del luogo del domicilio del convenuto, ovvero del luogo di consegna della cosa o di esecuzione della prestazione (art. 46, N.c.p.c.); d) in materia di illecito, difronte al giudice del luogo del domicilio del convenuto alternativamente competente a quello del luogo in cui è stata posta il essere la condotta lesiva o si è verificato il danno (art. 46, N.c.p.c.); e) in materia mista difronte al giudice del luogo del domicilio del convenuto o di quello in cui è situato l'immobile (art. 46, N.c.p.c.); f) in materia di alimenti, difronte al giudice del luogo del domicilio del creditore o di quello del convenuto (art. 46, N.c.p.c.).

10.2. L'INCIDENZA DELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES DEL 27 SETTEMBRE 1968 SULLA COMPETENZA GIURISDIZIONALE IN MATERIA DI MISURE PROVVISORIE: RINVIO

del forum shopping scaturiti dal regime previgente (Consolo, Luiso, Sassani, op. loc. cit., 436), limita dunque la possibilità di adire il giudice del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare (giudice da individuarsi in senso "verticale" in base agli ordinarri criteri di materia e di valore), alle ipotesi in cui la carenza di competenza del giudice italiano, risulti dalle stesse norme interne di diritto internazionale privato e processuale, ovvero dai criteri di collegamento previsti dalle convenzioni internazionali od ancora dalla devoluzione delle controversie ad un arbitrato estero (Attardi, op. loc. cit., 231).

Nell'ambito dei rapporti internazionali e segnatamente, per quello che qui interessa, comunitari, la competenza cautelare del giudice del luogo in cui il provvedimento deve essere eseguito scissa dalla competenza di merito, non trova il suo unico addentellato nella giurisprudenza francese di cui abbiamo detto ma anche nell'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il quale dispone: << I provvedimenti provvisori o cautelari, previsti dalla legge di uno Stato contraente, possono essere richiesti all'autorità giudiziaria di detto Stato anche se, in forza della presente convenzione, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta al giudice di un altro Stato contraente.>>

L'interpretazione di questa norma ha posto problemi sia in punto di individuazione dell'ambito applicativo della disposizione, sia di precisazione dei criteri di collegamento giurisdizionale operanti in materia di provvedimenti provvisori e cautelari quando non vi sia coincidenza con la competenza di merito.

La Corte di giustizia, in virtù del protocollo di Lussemburgo del 3 giugno 1971, è stata chiamata a pronunciarsi in più occasioni su tali questioni con decisioni che, pur lasciando aperte numerose problematiche, hanno fornito principi ermeneutici che consentono di individuare come ed in che limite, l'art. 24 della Convenzione incida sulle norme di competenza nazionali.

Le questioni scaturenti da tale disposizione per complessità ed interesse saranno affrontate in una successiva fase di approfondimento della presente trattazione.

11. LA COMPETENZA DI ATTRIBUZIONE

La scelta di applicare i criteri di competenza generali anche alla materia dei *référé*, evita l'irrazionalità di un sistema -quale quello esistente nel nostro Paese antecedentemente alla novella del 1990- che conferisce ad un giudice la competenza per emanare sofisticati e spesso irreversibili provvedimenti anche in quei casi in cui lo stesso non sarebbe mai competente a conoscere della causa di merito ²⁰⁹.

Questa esigenza -che resta rispettata anche nelle ipotesi in cui la localizzazione del giudice territorialmente competente, avviene tramite regole che si discostano da quelle generali vigenti per il merito poichè il foro cautelare è pur sempre individuato in senso "verticale" in base agli ordinari criteri per materia o per valore- non ha tuttavia impedito di conferire la competenza in *référé* ad un giudice monocratico, più idoneo a far fronte alle esigenze di rapidità e di semplicità sottostanti all'istituto anche quando la competenza di merito spetti ad un ufficio giudiziario a composizione collegiale ²¹⁰.

L'ordinamento francese ha realizzato questa scelta investendo di tale funzione, perlomeno in linea tendenziale, il presidente della giurisdizione competente o ad un suo delegatario, con le sole, naturali, eccezioni costituite dai casi in cui l'ufficio è strutturalmente organizzato a giudice unico ²¹¹.

²⁰⁹Così, quasi testualmente, si esprime Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 334.

²¹⁰Sulle discussioni sorte in Francia a proposito del giudice unico: R: Perrot, *Le juge unique en droit français*, *Rev. int. dir. comp.*, 1977, 659; dello stesso Autore, *Institutions judiciaires*, cit., 271 ss.; in materia di *référé* J. F.Burgelin, J.M.Coulon, M.A. Frison-Roche, *Le juge des référés au regard des principes procédurax*, Dalloz, 1995, *Chron.*, 67, nn. 22 ss..

²¹¹In Italia, com'è noto, la riforma del processo civile del 1990, ha scelto al, contrario, di sopprimere la competenza funzionale del presidente del tribunale o del pretore dirigente ai quali

12. LE REGOLE DI COMPETENZA CONCERNENTI CIASCUNA GIURISDIZIONE: IL TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

Il presidente del tribunal de grande instance dispone in materia di référé, di una competenza particolarmente ampia che comprende e supera quella dell'organo giudiziario cui lo stesso appartiene ²¹², grazie alla disposizione contenuta nell'art. 810, N.c.p.c., che estende i poteri presidenziali previsti dagli artt. 808 e 809,

spetta oggi unicamente il potere di designare il singolo magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento (art. 669 ter, ultimo comma, c.p.c.), nel caso di provvedimenti richiesti *ante causam*.,

Quando la misura cautelare è invece richiesta *in pendenza* del giudizio di merito, l'art. 669 quater, c.p.c., attribuisce la relativa competenza al giudice dello stesso ovvero al giudice istruttore se la causa è instaurata difronte al tribunale (art. 669 quater, secondo comma, c.p.c.)(Nell'ipotesi in cui la misura cautelare sia richiesta quando non è stato ancora designato il giudiceistruttore o nel caso in cui il giudizio sia sospeso od interrotto, il presidente del tribunale o il pretore dirigente provvederanno -come per le domande avanzate *ante causam*- alla nomina del magistrato cui affidare la trattazione del procedimento, ai sensi dell'art. 669 quater, secondo comma, c.p.c).

Le uniche eccezioni alla monocraticità del giudice cautelare vigenti nel nostro ordinamento, sono costituite da quei casi in cui l'organo competente è collegiale ed opera sempre in veste collegiale, in modo che nel relativo giudizio non sia prevista la figura dell'istruttore. Ciò si verifica per quei provvedimenti cautelari richiesti -prima o durante la pendenza della lite di merito- alla sezione specializzata agraria nonchè per quelli domandati nel corso del processo di appello, sia questo pendente difronte al tribunale o difronte alla corte (La monocraticità del giudice si mantiene, al contrario, per i provvedimenti cautelari richiesti in pendenza dei termini per proporre l'impugnazione poichè l'art. 669 quater, quarto comma, c.p.c., regola espressamente questa ipotesi demandandone la relativa competenza al giudice che ha pronunciato la sentenza), data la scelta di collegialità attuata per questo gradi di giudizio dal novellato art. 350, c.p.c. (così Consolo, Luiso, Sassani, op. loc. cit., 448; Attardi, op. loc. cit., 231).

Nel nostro ordinamento il criterio di competenza fondato sul luogo di esecuzione della misura, continua ad operare anche a seguito della novella del 1990, la quale ne ha tuttavia riservato l'ambito di applicazione alla particolare ipotesi in cui <<il giudice italiano non è competente a conoscere la causa di merito>> ai sensi dell'art. 669 ter, terzo comma, c.p.c., per i provvedimenti *ante causam* nonchè dell'art. 669 quater, quinto comma, c.p.c., per quelli in corso di causa.

²¹²Il tribunal de grande instance costituisce in Francia, la giurisdizione di diritto comune in materia civile: J. Vincent, S. Guinchard, Montagnier, Varinard, La justice et ses institutions, Paris, 1991, n. 185.

N.c.p.c., <<a tutte le materie dove non esiste una procedura particolare di référé>>²¹³.

Questa norma, che risale al decreto del 9 settembre 1971, non ha perduto la sua utilità a seguito dell'estensione della procedura di référé al tribunal d'instance ed al conseil de prud'hommes poichè conferisce al presidente del tribunal de grande instance una <<competenza di diritto comune in materia di référé>>²¹⁴ che si rivela preziosa in quei casi in cui si tratti di ordinare una misura che esula dalla competenza propria di certe giurisdizioni, come accade, ad esempio, in materia di lavoro dove restano esclusi dalla sfera dei poteri di cui è dotato in via di référé il conseil de prud'hommes, i provvedimenti di espulsione degli occupanti i luoghi di lavoro per motivi di sciopero ovvero i provvedimenti concernenti le attività sindacali²¹⁵.

La competenza del presidente del tribunal de grande instance quale giudice dei référé, trova limiti significativi nei poteri di cui sono dotati altri magistrati investiti, in seno alla stessa giurisdizione, della trattazione di alcune particolari materie.

a) *Il giudice de la mise en état*²¹⁶.

²¹³L'art. 810, N.c.p.c., dispone che: <<Les pouvoirs du président du tribunal de grande instance prévus aux deux articles précédents, s'étendent à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé.>>

²¹⁴Estoup, cit., 28.

²¹⁵Y. Saint-Jours, Le juge des référés en droit du travail, J.C.P., 1974, I, 2648; Estoup, cit., 29, G. Lyon-Caen, Entreprise et politique, J.C.P., 1977, I, 2863.

Per alcuni esempi giurisprudenziali: Soc. 6 ottobre 1976, Dalloz, 1976, I.R., 283; per i rapporti tra la competenza del presidente del tribunale quale giudice dei référé e il conseil de prud'hommes: Trib. gr. ist. 10 maggio 1982, id., 1983, I.R., 158.

²¹⁶Nell'ordinamento francese la figura di un giudice incaricato di seguire lo svolgimento dell'istanza, risale ad un decreto del 30 ottobre 1935. Tuttavia solo con il decreto del 9 settembre 1965, n. 65-782, recepito nel decreto del 9 settembre 1971, n. 71-740, viene istituito l'odierno giudice *de la mise en état*, quale magistrato permanente e specializzato nella funzione di seguire l'istruzione del processo.

Per l'evoluzione legislativa di quest'ufficio giudiziario: Vincent, Guinchard, Procédure civile, cit.,

Nell'ordinamento francese quando la natura della controversia richiede l'esperimento di un'istruttoria, le attività ad essa inerenti vengono affidate a questo magistrato specificamente incaricato il quale, dal momento della sua designazione e fino a che la causa non sia rinviata al collegio per il dibattito e la decisione (art. 779, ultimo comma, c.p.c.), resta il solo competente per ordinare le misure provvisorie che rientrano tradizionalmente nelle attribuzioni del giudice dei *référé*. A partire dall'udienza collegiale che segue alla chiusura dell'istruttoria, rivive la competenza del presidente del tribunale al quale spetta adottare tutti i provvedimenti urgenti fino alla pronuncia di merito ²¹⁷.

La competenza del giudice de la *mise en état* prevista dall'art. 771, n. 4, N.c.p.c., conosce tuttavia un'importante eccezione costituita dall'ipotesi in cui il *référé* sia diretto ad ottenere la revoca o la modifica di un'ordinanza resa a seguito di una procedura di *requête*: in questo caso l'art. 497, N.c.p.c., riserva il relativo potere allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento inaudita altera parte ²¹⁸.

b) *Altre particolari figure di giudici monocratici.*

Se il presidente del tribunale incontra i limiti più evidenti ai propri poteri in *référé* in rapporto alle attribuzioni del giudice *de la mise en état*, altrettanto significative sono le deroghe previste in favore di altri giudici monocratici ai quali, il complesso sistema di competenze previste dall'ordinamento francese, affida la trattazione di particolari materie.

Così per le misure provvisorie da adottare nelle controversie concernenti la

529; Perrot, *Institutions judiciaires*, cit., 159 e 498 ss..

²¹⁷Trib. gr. ist. Brest 9 aprile 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, II, 499.

²¹⁸V. *infra* par. 21.1. .

Ph. Bertin, *Les ordonnances sur requête et leurs nouveaux signataires*, *Gaz. Pal.*, 1979, I, *Doctr.*, 294.

famiglia, l'art. 1074, terzo comma, N.c.p.c., conferisce una competenza esclusiva al giudice delle "questioni familiari" (*juge aux affaires familiales*), che la recente legge dell'8 gennaio 1993, n. 93-22, ha sostituito al previgente giudice delle "questioni matrimoniali" (*juge aux affaires matrimoniales*)²¹⁹.

Questo giudice tuttavia, a cui l'art. 247, secondo comma, del Code Civil affida anche il compito <<di vigilare sulla salvaguardia degli interessi dei minori>>, può trovarsi in conflitto di competenza con il giudice "dei bambini" (*juge des enfants*) che, pur avendo ricevuto dall'ordinanza del 2 febbraio 1946 una competenza principalmente penale per i reati compiuti da minori, gioca nondimeno un importante ruolo anche in ambito civile nel quale l'art. 375, C.C., gli conferisce la competenza in punto di <<assistenza educativa>>²²⁰.

Allo stesso modo l'art. 67 della legge del 9 luglio 1991, n. 91-650, ha conferito al giudice dell'esecuzione (art. L. 311-12-1, Code de l'organisation judiciaire), una specifica competenza in materia di misure conservative ed in ordine alle difficoltà legate all'esecuzione forzata di un provvedimento giurisdizionale o di un altro titolo esecutivo, ai sensi degli artt. da 34 a 37 del decreto 31 luglio 1992, n. 92-755, che hanno abrogato l'art. 811, N.c.p.c., togliendo i correlativi poteri al presidente del tribunal de grande instance²²¹.

²¹⁹Per un commento alla legge dell'8 gennaio 1993, n. 93-22: G. Sutton, La filiation au fil d'une loi en patchwork. Loi n. 93-2 du 8 janvier 1993, Dalloz, 1993, Chron., 163, nn. 5-9.

²²⁰Sulle rispettive competenze del *juge aux affaires familiales* e del *juge des enfants*: Vincent, Guinchard, cit., 193 ss..

Più in generale sulla materia: G. Sutton, Conflits familiaux et dialogues avec les justiciables, J.C.P., 1972, I, 2472 bis; J. Wolff, La chambre de la famille dans certaines juridictions françaises, Gaz. Pal., 1973, II, Doctr., 504.

²²¹Sulla competenza del giudice dell'esecuzione: Couchez, Voies d'exécution, cit., 54ss.; P. Julien, Le juge de l'exécution, Petites affiches, 6 gennaio 1993, Dalloz, 45; J. Normand, Le juge de l'exécution, Rev. trim. droit civil, 1993, Num. Spec., 31; J. Vincent, J. Prévault, Voies d'exécution, Paris, 1993, n. 53.

12.1 LA COMPETENZA DIFRONTA ALLE GIURISDIZIONI D'ECCEZIONE

Sull'esempio di quanto previsto per il presidente del tribunal de grande instance, l'ordinamento francese ha esteso e regolato la competenza in materia di référé anche presso le giurisdizioni speciali.

Difronte a queste, la pratica ha utilizzato molto più modestamente le procedure di référé²²² sia a causa della limitata competenza d'attribuzione di cui godono queste giurisdizioni, circoscritta alla materia specifica di cui sono investite od anche, come nel caso del tribunal d'instance, da significativi limiti di valore e, l'altra, dalla minor necessità di ricorrere a procedimenti semplificati che scaturisce dalla maggior rapidità e flessibilità della procedura ordinaria dettata per questi giudizi.

Nell'ambito della competenza spettante a ciascuna giurisdizione, il giudice dei référé gode peraltro dei medesimi poteri di cui dispone il presidente del tribunal de grande instance in forza degli artt. 808 e 809, N.c.p.c..

L'individuazione del magistrato incaricato di questa competenza, avviene in modo piuttosto semplice poichè in seno alle giurisdizioni d'eccezione non esistono uffici giudiziari a cui sono riservate particolari attribuzioni paragonabili, ad esempio, a quelle del giudice de la mise en état.

a) *Tribunal d'instance.*

Ai sensi dell'art. R. 321-37 del Code de l'organisation judiciaire, il tribunal

²²²Estoup, cit., 34.

d'istanza non è dotato di un presidente ma di un magistrato dirigente al quale tuttavia gli artt. da 848 a 850, N.c.p.c., che regolano i référé esperibili difronte a questo ufficio giudiziario, non conferiscono competenza alcuna: data la struttura monocratica dell'organo, tali disposizioni incaricano semplicemente il giudice d'istanza (*juge d'instance*), dei poteri in questa materia ²²³.

b) *Tribunal de commerce*.

Le norme contenute negli articoli 872, 873 e 878, N.c.p.c., organizzano la competenza per i référé invocabili in materia commerciale, conferendo i relativi poteri al presidente del tribunale o ad un suo delegato analogamente a quanto disposto per il presidente del tribunal de grande instance ²²⁴.

c) *Conseil de prud'hommes*.

Dal principio vigente in questa giurisdizione secondo il quale tutte le decisioni concernenti la materia del lavoro devono essere prese da un organo a formazione paritetica, deriva l'unica eccezione alla monocraticità del giudice dei référé, presente nell'ordinamento francese.

La relativa competenza, sancita dagli artt. R. 516-30 e 516-31 del Code du Travail sulla linea delle disposizioni vigenti per le altre giurisdizioni, è pertanto attribuita ad una formazione di référé composta dai rappresentanti delle categorie dei lavoratori subordinati e dei datori ai sensi dell'art. R. 515-4, C.trav..

²²³J. Vincent, Les récentes extensions de compétence du tribunal d'instance, Mélanges Chavanne, Parigi, 1990, 27; D. Pronier, Le juge d'instance dans la société française, Parigi, 1993.

²²⁴L'art. 631 del Code de Commerce adotta una nozione di materia commerciale, definita "obiettiva" dalla dottrina francese, comprensiva <<des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers>>.

P. Didier, Remarques pour servir à une définition du droit commercial, Dalloz, 1962, Chron., 221; C. Giverdon, Le droit commercial, droit des commerçants, J.C.P., 1949, I, 770.

Per la competenza di questa giurisdizione in materia di référé: J.F.Boiron, Voce Référé commercial, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. III, 1980, nn. 6 ss..

d) *Tribunal paritaire des baux ruraux*.

Gli articoli 893 e 894, N.c.p.c., attribuiscono al presidente di questo tribunale la competenza in materia di *référé* secondo le formule classiche ²²⁵.

e) *Cour d'appel*.

Le procedure di *référé* esperibili di fronte a questa giurisdizione, rientrano nella competenza del primo presidente della corte in virtù degli artt. 956 e 957, N.c.p.c..

Le sue attribuzioni sono tuttavia significativamente limitate da quelle proprie del consigliere istruttore (*conseiller de la mise en état*) -il cui intervento nella procedura è previsto come necessario- al quale sono riservati dall'art. 910, N.c.p.c., i medesimi poteri di cui è titolare in primo grado il giudice de la mise en état (il cui intervento nella procedura è peraltro meramente eventuale).

Il primo presidente resta comunque esclusivamente competente, malgrado la designazione del consigliere istruttore: 1) per la revoca o la modifica di un'ordinanza di *requête* da lui resa in forza dell'art. 958, N.c.p.c., conformemente a quanto disposto dall'art. 497 dello stesso codice; 2) per la rimessione in termini prevista dall'art. 540, N.c.p.c., nei casi di giudicato contraddittorio o di contumacia del convenuto, quando quest'ultimo non ha avuto conoscenza della pronuncia in tempo utile per esercitare le vie di ricorso ordinarie o si è trovato nell'impossibilità di agire; 3) per le domande di sospensione dell'esecuzione previste ai sensi dell'art. 524, N.c.p.c.; 4) per l'autorizzazione ad interporre appello immediato contro le pronunce che ordinano una perizia (*expertise*), o che sospendono il giudizio

²²⁵Per le norme di competenza vigenti di fronte a questo tribunale: R. Savatier, *La réforme judiciaire et la compétence des tribunaux des baux ruraux*, Dalloz, 1960, Chron., 127; G. Rives, *La compétence d'attribution des tribunaux paritaires*, J.C.P., 1964, I, 1839.

secondo quanto disposto, rispettivamente, dagli artt. 272 e 380, N.c.p.c.; 5) per le misure previste dagli artt. da 517 a 522, N.c.p.c., se l'esecuzione provvisoria della pronuncia è stata dichiarata dal giudice di primo grado²²⁶.

²²⁶Sul problema della ripartizione delle competenze tra il primo presidente della corte d'appello ed il consigliere istruttore: Ph. Bertin, *Les pouvoirs respectifs du premier président et du magistrat de la mise en état en matière d'exécution provisoire*, *Gaz. Pal.*, 1978, I, *Doctr.*, 83; dello stesso Autore, *Référé civil*, cit., nn. 57-58; *Estoup*, cit., 34.

CAPITOLO IV

IL PROCEDIMENTO

13. PROFILI GENERALI

Le norme processuali che regolano l'istituto, sono concepite al fine di massimizzare la rapidità e la semplicità delle forme, consentendo alla parte istante di ottenere un'idonea tutela della pretesa vantata sia quando la situazione sostanziale richiesta di protezione è tale da non tollerare alcuna dilazione, sia quando la stessa, per le sue caratteristiche intrinseche che la rendono "apparentemente" non contestabile (*infra*), renda superflua la cognizione piena ed esauriente ed i costi alla stessa connessi.

L'intento perseguito da queste disposizioni è quello di realizzare un'equilibrata coesistenza tra tali esigenze, nelle quali la dottrina classica ha costantemente individuato la peculiarità propria dei *référé*²²⁷, e la necessità di garantire il diritto di difesa della parte contro la quale il provvedimento è richiesto eliminandone nel contempo, ogni possibilità di abuso.

In quest'ottica, i momenti essenziali e caratterizzanti la procedura sono costituiti:

a) dalla fase introduttiva del giudizio che prevede sempre l'attivazione del contraddittorio anche quando la proposizione dell'istanza segue tecniche particolari giustificate da particolari esigenze di celerità; b) dalla predisposizione di mezzi di riesame che fanno del *référé* un procedimento a doppio grado di giudizio.

A questi possiamo aggiungere la centralità del ruolo svolto dal giudice, dotato di amplissimi poteri discrezionali che gli permettono di esercitare un controllo

²²⁷C. César-Bru, P. Hébraud, J. Seignolle, G. Odoul, La juridiction du président du tribunal. Des *référé*, Paris, 1978, Vol. I, 22.

diretto sulla procedura scandendone i tempi e le attività e che si sommano a quel suo potere di determinare il contenuto della misura da adottare.

In particolare al giudice dei *référé* spetta: a) autorizzare l'istante ad introdurre la procedura facendo ricorso al sistema definito dalla pratica <<*d'heure à heure*>>, valutando le esigenze di particolare celerità in base alle quali tale possibilità è giustificata dal secondo comma dell'art. 485, N.c.p.c. (*infra*); b) assicurarsi che tra la citazione dell'intimato e l'udienza in *référé* sia trascorso un tempo sufficiente tale da permettere allo stesso di articolare la propria difesa poichè il legislatore, nell'intento di assicurare la duttilità del procedimento rispetto alle particolari circostanze offerte dalla pratica, ha rinunciato alla fissazione dei termini minimi a comparire (art. 486, N.c.p.c.); c) disporre l'eventuale rinvio al collegio della trattazione della questione proposta in *référé* quando al magistrato si presenti <<un affare di difficoltà o gravità eccezionali o semplicemente il bisogno di non sentirsi solo davanti a responsabilità fuori del comune>> (art. 487, N.c.p. c.)²²⁸; d) ordinare d'ufficio tutti i mezzi di prova nell'eventuale fase istruttoria: questi poteri tuttavia, non costituiscono una peculiarità propria del procedimento di *référé* ma appartengono ordinariamente al giudice francese secondo le disposizioni generali

²²⁸Così Ph. Bertin, *Référé civil*, cit., n. 92.

In questi casi di rinvio la decisione sarà emessa dal collegio ma pur sempre quale giudice dei *référé*; l'ipotesi regolata dall'art. 487 non deve pertanto essere confusa con l'ipotesi della così detta *passerelle* che si ha quando il giudice dei *référé* ritiene che la questione non possa essere decisa in tale procedimento senza pregiudicare il merito e pertanto autorizza l'attore ad adire automaticamente la giurisdizione competente per quest'ultimo: Trib. gr. ist. Paris 3 agosto 1983, *Gaz. Pal.*, 1983, II, 588; Cour appel Paris 12 luglio 1984, *id.*, 1985, I, 96.

La tecnica della *passerelle* non è invece pacificamente ammessa di fronte al tribunal de commerce; l'ammettono: Com. Paris 3 gennaio 1990, *Gaz. Pal.*, 26 marzo 1992; *contra*: Trib. comm. Paris 14 gennaio 1986, *id.*, 1990, I, Doctr., 400.

Con una pronuncia che ha fatto discutere, la giurisprudenza ha ammesso l'esercizio del potere di rinviare la causa al collegio, previsto dall'art. 487, N.c.p.c., anche in un caso in cui il giudice dei *référé* aveva ritenuto utile portare la domanda davanti al giudice del merito adito in via principale, al fine di evitare i rischi di contaddittorietà delle rispettive pronunce: Cour appel Aix en Provence 8 novembre 1976, *Rev. trim. droit civil*, 1977, 599, con nota di J. Normand.

di cui agli artt. 10 e 153 e seguenti del Nouveau Code de procédure civile ²²⁹.

14. ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO

Il carattere contraddittorio della procedura di référé è previsto, senza possibilità di deroga alcuna, dall'art. 484, N.c.p.c., il quale nel definire la natura provvisoria dell'ordinanza e nel precisare l'operatività del principio della domanda, dispone che la parte contro la quale il provvedimento è diretto <<sia presente o citata >> in giudizio ²³⁰.

Quando le particolari circostanze della controversia esigono invece che la misura sia presa *inaudita altera parte*, poichè la convocazione in giudizio del convenuto potrebbe pregiudicare l'effettiva utilità del provvedimento richiesto, ovvero nei casi in cui l'urgenza è tale da non consentire differimento alcuno, all'attore è aperta la via della requête (artt. 493 ss., N.c.p.c.), il cui dato distintivo rispetto ai référé è, per l'appunto, costituito dall'assenza di contraddittorio.

In questo caso la pienezza del diritto di difesa della parte contro la quale la misura è richiesta, viene recuperato *a posteriori*.

L'attivazione del contraddittorio tuttavia, non è un automatismo previsto in seno alla stessa procedura di *requête* ma è meramente eventuale poichè rimesso alla volontà della parte estromessa dal procedimento, secondo quanto sancito a livello stesso di principi generali, dall'art. 17 delle disposizioni preliminari al Nouveau

²²⁹Sui poteri istruttori del giudice francese: J. J. Daigré, Pouvoir discrétionnaire du juge, J.C.P., 1981, I, 3020; J. B. Denis, Evolution du système des preuves, Rev. trim. droit civil, 1977, 671; R. Martin, Instruction du procès civil, id., 1971, 279; M. Olivier, Mesures d'instruction confiée à un technicien, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. IV.

²³⁰Per il testo dall'art. 484, N.c.p.c., V. *supra* nota 143.

Code de procédure civile ²³¹.

Sotto questo profilo si manifesta un ulteriore aspetto del rapporto di complementarità intercorrente tra il procedimento in requête e quello di référé: quest'ultimo infatti, quale procedura contraddittoria, costituisce in virtù del secondo comma dell'art. 496, N.c.p.c., la via normale di ricorso esperibile dalla parte destinataria della misura, contro il provvedimento emesso senza la sua audizione²³².

Il legislatore francese ha dunque realizzato il bilanciamento tra le esigenze di rapidità e di garanzia del soggetto intimato, potenzialmente confliggenti ma entrambe espressive di valori che il processo cautelare deve realizzare, scegliendo di mantenere distinti e separati, sia pure nella loro complementarità, i procedimenti contraddittori da quelli non contraddittori ²³³.

²³¹L'art. 17, N.c.p.c., dispone: <<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 approprié contre la décision qui lui fait grief.>>

Sul principio del contraddittorio nel diritto processuale francese: G. Bolard, Les juges et les droits de la défense, Mélanges Bellet, 1961, 49; dello stesso Autore, Principes de procédure et efficacité, J.C.P., 1993, ed. E, suppl. n. 5; G. Fléhelux, Le droit d'être entendu, Mélanges Bellet, cit., 149; A.M. Frison-Roche, Généralités sur le principe du contradictoire, Th., Paris 2, 1988.

Per profili comparatistici con il diritto italiano: G. Tarzia, Procédure civile italienne, Rev. int. droit comp., 1981, 789.

²³²J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, cit., 214.

²³³Scelte tecniche parzialmente diverse sono state invece attuate nel nostro ordinamento dalla procedura cautelare uniforme introdotta dalla legge 353/90, con la quale il legislatore ha concepito un unico procedimento *normalmente* contraddittorio che, tuttavia, consente al giudice di procedere senza la convocazione della controparte quando la stessa <<potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento>>, ai sensi dell'art. 669 sexies, secondo comma c.p.c. (secondo la dottrina italiana nella regolamentazione attualmente in vigore, l'opportunità di provvedere inaudita altera parte deve essere di volta in volta dimostrata al contrario di quanto avveniva nel regime previgente per il sequestro conservativo ed il sequestro giudiziario mobiliare, per i quali la procedura fisiologica non prevedeva l'attivazione del contraddittorio: così Tommaseo, Il commento, cit., 99; sul sequestro nel regime codicistico previgente: A. Coniglio, Il sequestro giudiziario e conservativo, Milano, 1953; A. De Cupis, Lineamenti del sequestro convenzionale, Riv. dir. civ., 1983, II, 261; N. Distaso, I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Azione surrogatoria. Azione revocatoria. Sequestro conservativo, in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigiavi, Torino, 1973.

In quest'ultimo caso peraltro, il nostro ordinamento giuridico manifesta un'attitudine più garantista e maggiormente rispettosa delle contrapposte posizioni sostanziali delle parti poichè non demanda il recupero del contraddittorio -come invece avviene nell'ordinamento francese per la requête- ad un onere di attivazione della parte intimata estromessa ma prevede il riesame del provvedimento

14.1 LA PROPOSIZIONE DELL'ISTANZA

L'attivazione del contraddittorio nel procedimento di *référé*, avviene contestualmente alla proposizione della relativa istanza che può essere introdotta:

a) <<*sur placet*>>, cioè con una citazione per un'udienza tenuta nei giorni e nelle ore che, secondo l'organizzazione dell'ufficio giudiziario adito, sono abitualmente riservati ai procedimenti di *référé* (art. 485, primo comma, N.c.p.c.)²³⁴;

b) <<*d'heure à heure*>>, cioè con una citazione per un'udienza che può tenersi anche al di fuori di quelle riservate alle procedure di *référé* ovvero in un giorno festivo, sulla base di un'autorizzazione del giudice nei casi di particolare urgenza (art. 485, secondo comma, N.c.p.c.);

c) <<*sur procès-verbal*>>, cioè in virtù di un verbale redatto da un pubblico ufficiale in relazione ad una grave difficoltà incontrata dallo stesso nell'esecuzione di un titolo o di un atto a lui affidata (es. nel corso di un pignoramento da parte dell'ufficiale giudiziario o nella redazione di un inventario da parte di un notaio).

L'instaurazione del procedimento avviene tramite la rimessione della copia di questo verbale alle parti interessate e la questione viene normalmente trattata ad un'udienza tra quelle riservata ai *référé* nella quale il giudice si pronuncia sulle questioni sorte²³⁵.

emesso inaudita altera parte all'udienza di comparizione delle parti concepita come momento fisiologico dello stesso processo cautelare, dall'art. 669 *sexies*, comma secondo, c.p.c.

²³⁴A seguito della legge del 5 giugno 1985, n. 85-677, che ha modificato l'art. 2244 del Code Civil, anche la citazione in *référé* è divenuta interruttiva della prescrizione e delle decadenze previste per l'esercizio dell'azione.

Per la giurisprudenza formatasi in ordine al problematico ambito di applicazione della disposizione: Cass. civ. 26 giugno 1991, J.C.P., 1992, I, 3629, n. 9; 8 giugno 1988, id., 1984, II, 21199; 11 dicembre 1985, id., 1986, II, 20677; 10 luglio 1990, Rev. trim. droit civil, 1991, 341.

²³⁵Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit., 43; Vincent, Guinchard, *Procédure civile*, cit., 514.

Tale procedura era regolarmente utilizzata per il *référé* di cui all'art. 811. N.c.p.c., concernente appunto le questioni sorte in corso d'esecuzione: attualmente, come già ricordato, tale disposizione è stata abrogata e sostituita dagli artt. da 34 a 37 del decreto del 31 luglio 1992, n. 92-755;

d) a seguito della comparizione volontaria delle parti senza alcuna procedura o formalità particolari ²³⁶.

A quanto detto possiamo aggiungere che l'instaurazione del procedimento *sur placet*, costituisce la via seguita normalmente dalla parte istante ed è regolata sia in punto di contenuto dell'atto introduttivo del giudizio che delle modalità di notifica, dalle norme generali dettate rispettivamente dagli artt. 56 e 648, N.c.p.c., e dagli artt. 653 e seguenti dello stesso codice ²³⁷.

Nel silenzio dell'art. 485, N.c.p.c., la dottrina ritiene che la citazione possa essere sostituita anche in materia di *référé*, da una domanda congiunta delle parti che la giurisprudenza configura come un modo normale di introduzione dell'istanza, ai sensi dell'art. 54, N.c.p.c. ²³⁸.

Di particolare interesse è invece l'instaurazione della procedura di *référé* con il sistema <<d'heure à heure>>, che la legge subordina ad una preliminare

²³⁶Questa possibilità poco utilizzata nella pratica, deriva dagli artt. 829, 854 e 882, N.c.p.c., rispettivamente per il tribunal d'instance, il tribunal de commerce e il tribunal paritaire de baux ruraux nonché dall'art. R. 516-8 del Code du travail per il conseil de prud'hommes. La mancanza di norme specifiche rende invece problematica la sua ammissione di fronte al tribunal de grande instance.

Sul punto Estoup, cit., 43.

²³⁷Sul contenuto della citazione: C. Giverdon, Voce Acte de procédure, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. I; Ph Bertin, Actes d'huissier, Gaz. Pal., 1976, II, Doctr., 350; P. Jourdain, Les conclusions devant les juridictions du fond, id., 1983, II, Doctr., 415.

Sulla notifica: J. Viatte, Signification des actes d'huissier de justice, Gaz. Pal., 1973, II, Doctr., 498; J. J. Hanine, Modalité de signification, Rev. huiss., 1985, 406; R. Martin, Signification à une personne sans domicile connu, id., 1986, 733.

²³⁸Cour appel Bourges 28 maggio 1985, Gaz. Pal., 1986, 431.

Bertin, Référé civil, cit., n. 70; Estoup, La pratique des procédures rapides, cit., 42.

autorizzazione del giudice per il rischio che questa particolare modalità comporta, di un'eccessiva compressione del diritto di difesa dell'intimato il quale può vedere ridotti a soltanto qualche ora -ma talvolta ancor meno- i termini minimi di comparizione.

Per rendersi conto della rapidità consentita dalla procedura di référé d'heure en heure ma anche dei rischi che la stessa rappresenta per un ragionevole esercizio dei diritti di difesa della parte convenuta e, in particolare, per un'effettiva realizzazione del principio del contraddittorio, può essere emblematicamente ricordato il caso sul quale la Corte d'appello di Parigi fu chiamata a pronunciarsi con decisione del 21 ottobre 1991.

La questione sorta nel delicato ambito dell'informazione televisiva, facilmente foriero di contrapposizioni tra il diritto alla libertà di espressione ed il diritto all'immagine, veniva sollevata dall'Association des Chevaliers du Lotus d'Or i quali il 24 ottobre 1991, adivano in prima istanza il Presidente del tribunal de grande instance di Parigi per ottenere in via di référé il divieto di diffusione da parte di Antenne 2, di un reportage -la cui messa in onda era prevista per la serata dello stesso giorno- concernente le attività svolte dalla medesima associazione e da questa ritenuto volutamente deformante e diffamatorio.

Vistasi rifiutata dal giudice di primo grado la misura richiesta, gli Chevaliers cheidevano ed ottenevano dalla Corte l'autorizzazione a proporre appello seguendo la procedura d'heure à heure e, pertanto, a citare Antenne 2 per un'udienza fissata alle ore 19.15 allorchè l'emissione doveva essere diffusa alle ore 20.45. Poichè l'atto era consegnato dall'ufficiale giudiziario alla parte ingiunta solo

alle ore 19.20, l'udienza veniva ritardata alle ore 20.55 per consentire a quest'ultima di presentare le proprie difese.

La corte d'appello, confermando il rigetto del provvedimento sulla base delle medesime argomentazioni svolte dal giudice di primo grado, in punto di rito stimava come lo slittamento dell'udienza dalle ore 19.15 alle ore 19.55 avesse permesso ad Antenne 2 di articolare le proprie argomentazioni difensive; rilevava come questo procedimento di introduzione dell'istanza fosse, per sua stessa natura, tale da comportare una particolare soggezione del termine di comparizione, la cui particolare brevità era, nella specie, giustificata da un'estrema urgenza; manifestava -forse- il proprio disagio osservando come, in fondo <<il dibattito sottoposto alla Corte non fosse, per l'essenziale, diverso da quello sottoposto il giorno stesso, al giudice di primo grado>>²³⁹.

15. LE IMPUGNAZIONI: LE VIE ORDINARIE DI RICORSO

A potenziamento delle garanzie costituite dalla predisposizione di un contraddittorio non eludibile, l'ordinamento francese ha adottato nell'ambito della procedura di référé, un sistema di controlli basato essenzialmente sul principio del doppio grado di giudizio, tradizionalmente considerato salvaguardia di legalità e di buona giustizia²⁴⁰, che vede affidato ad un giudice superiore a formazione collegiale, il riesame del provvedimento emesso dal giudice (normalmente)

²³⁹La decisione della Cour d'appel di Parigi del 25 ottobre 1991, può leggersi in Dalloz, 1992, Jurispr., 244.

²⁴⁰Sul valore para-costituzionale che assume in Francia il principio del doppio grado di giudizio: F. Luchaire, Un Janus constitutionnel, L'égalité, Rev. droit public, 1986, 1253; dello stesso Autore, La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Parigi, 1987, 347.

monocratico di prima istanza.

La scelta di fondo effettuata dal legislatore in attuazione di tale garanzia, è stata quella di estendere alla materia dei *référé* il sistema delle impugnazioni previste per le pronunce di merito, articolato in quella che la dottrina definisce "vie ordinarie e straordinarie di ricorso".

Le vie ordinarie di ricorso si articolano nel giudizio d'appello e nel giudizio di opposizione, specularmente strutturati: il primo, come mezzo di *riforma* e di *annullamento* di una pronuncia, previsto a tutela di situazioni di una certa rilevanza ed affidato ad un giudice collegiale di grado superiore a quello dal quale la decisione proviene ²⁴¹; il secondo, come via di *ritrattazione* del provvedimento ad opera dello stesso giudice che lo ha emesso, nei casi previsti dalla legge ²⁴².

L'art. 490, N.c.p.c., così come modificato dal decreto del 14 marzo 1986, n. 86-585, trasferisce in materia di *référé* il sistema delle impugnazioni ordinarie prevedendo l'appellabilità e l'opponibilità del provvedimento reso attraverso questa procedura, nei casi e nei limiti espressamente precisati .

A) *Appello: ambito di applicabilità.*

Il primo comma dell'art. 490, N.c.p.c., dispone: «L'ordinanza di *référé* può essere soggetta ad appello a meno che essa non emani dal primo presidente della corte d'appello o che sia stata resa in ultimo grado in ragione del valore o dell'oggetto della domanda.» ²⁴³.

²⁴¹J.Vincent, Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile, Dalloz, 1973, Chron., 179; F. Ferrand, Voce Appel, Enc. Dalloz, Rép. proc. civil, Vol. I; Ph. Gerbay, Voie d'annulation, Dalloz, 1993, Chron., 143.

²⁴²L'evoluzione storica dell'istituto mostra un progressivo restringimento dell'ambito che la Francia riserva all'opposizione: Vincent, Guinchard, Procédure civile, cit., 502 ss.; attualmente l'ipotesi più rilevante nella quale è previsto questo giudizio sono le decisioni contumaciali ai sensi degli artt. 476 e 571 ss., N.c.p.c..

²⁴³L'art. 490, N.c.p.c., testualmente dispone: «L'ordonnance de *référé* peut être frappé d'appel à

Il principio sancito dalla disposizione è quello della *normale appellabilità* del provvedimento alla quale sono tuttavia apportate due limitazioni di cui una di carattere particolare e l'altra di natura generale.

La prima eccezione all'esperibilità dell'appello concerne la specifica ipotesi del *référé du Premier Président* regolato dall'art. 956, N.c.p.c., ed è per certi versi, fisiologica alla struttura stessa di questo istituto invocabile subordinatamente alla pendenza di un giudizio d'appello relativo ad una causa di merito ai sensi dell'art. 956, N.c.p.c..

Il ricorrere di questa particolare condizione, che trova la propria giustificazione in quelle stesse esigenze che hanno imposto la previsione di un procedimento di *référé* anche per la giurisdizione di secondo grado, ha evidentemente indotto il legislatore a riservare all'ordinanza presidenziale la sola via del ricorso in Cassazione onde evitare gli inconvenienti legati alla contemporanea pendenza di un doppio gravame (uno di merito ed uno di *référé*).

Di carattere sistematico è invece il secondo limite posto all'esperibilità dell'appello dall'art. 490 poichè la norma altro non fa se non recepire in materia di *référé*, la scelta attuata dall'ordinamento francese a livello generale, di riservare il doppio grado di giudizio alle controversie di una certa rilevanza.

Così le decisioni che secondo le norme comuni di competenza sono rese da un organo giurisdizionale <<in primo ed ultimo grado>> in ragione del loro oggetto e del loro valore ²⁴⁴, sono escluse dall'appello anche quando intervengano

moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande.

L'ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d'opposition.

Le délai d'appel ou d'opposition est de quinze jours.>>

²⁴⁴Sono rese <<in primo ed ultimo grado>> e, pertanto, escluse dall'appello: a) le decisioni

nell'ambito di una procedura di référé restando tutavia esperibile a loro censura, il ricorso in Cassazione ²⁴⁵.

Questa restrizione al diritto d'appello ha comunque una portata piuttosto modesta poichè le domande introdotte in référé hanno sovente carattere indeterminato ai sensi dell'art. 40, N.c.p.c., e perciò sfuggono ai limiti di valore per i quali l'ordinamento prevede un unico grado di giudizio.

La pratica dimostra che questa ipotesi di inappellabilità gioca soprattutto per il référé-provision, per sua natura determinato nell'ammontare, il quale per beneficiare dell'impugnazione dovrà pertanto avere un montante superiore ai limiti previsti dalle disposizioni generali sulla competenza per le decisioni rese <<in primo ed unico grado>> ²⁴⁶.

Al di là delle ipotesi espressamente regolate dall'art. 490, N.c.p.c., la determinazione dell'ambito di applicabilità della disposizione ha posto particolari problemi per quelle ordinanze di référé che si limitano a disporre l'assunzione di un mezzo istruttorio senza decidere -sia pure provvisoriamente- una lite insorta tra le parti.

La questione si era posta per l'apparente contrasto tra l'appellabilità delle

appartenenti alla competenza esclusiva esclusiva del tribunal de grande instance quando il valore della domanda sia inferiore a 13.000 franchi, ex art. R. 311-2, Cod. org. jud.; b) le decisioni di competenza del tribunal d'instance quando il valore della domanda sia inferiore a 13.000 franchi, ax art. R. 321-2, Cod. org. jud.; c) le decisioni di competenza del conseil de prud'hommes quando il valore della domanda sia inferiore a 19.360 franchi, ex art. D. 517-1, Cod. trav. (ma la cifra è annualmente rivedibile con decreto ai sensi dell'art. L. 511-1, Code trav.).

Questa limitazione è stata estesa alla materia dei référé dal decreto del 14 marzo 1986, n. 86-585 modificativo dell'art. 490, N.c.p.c..

Tuttavia già antecedentemente alla precisazione legislativa, la giurisprudenza era orientata per l'applicazione anche ai procedimenti di référé del regime generale previsto per le decisioni rese in ultimo grado: Soc. 5 e 26 novembre 1987, Bull. civ., 1987, V, nn. 626 e 693.

²⁴⁵Estoup, op. ult. cit., 50.

²⁴⁶Estoup, op ult. cit., 49.

Cass. civ. 16 aprile 1986, J.C.P., 1986, IV, 174.

ordinanze di référé prevista dall'art. 490, N.c.p.c., e l'appellabilità solo con la decisione di merito delle ordinanze ammissive di una misura di istruzione, prevista a livello generale dall'art. 150, N.c.p.c..

La Cour de Cassation ha ristabilito l'armonia del sistema con una decisione che ha chiarito il rispettivo ambito di operatività delle citate disposizioni, animate, per il vero, da un'evidente diversità di *ratio*: attualmente, pertanto, le ordinanze di référé *finalizzate* all'assunzione di un mezzo istruttorio -quali quelle emesse in virtù dell'art. 145, N.c.p.c., concernente il référé per l'ottenimento di una misura d'istruzione preventiva- rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 490, N.c.p.c., mentre quelle che ordinano l'assunzione di un mezzo istruttorio *funzionalmente* al provvedimento per il quale il référé è stato proposto, come pure quelle stesse ordinanze di référé prese in pendenza di un giudizio di merito, non esaurendo la procedura in seno alla quale intervengono, fuoriescono dal campo di operatività dell'art. 490, N.c.p.c., per rientrare (se adottate in pendenza di un processo ordinario), nell'art. 150, N.c.p.c.²⁴⁷.

Non sorprende invece l'assoluto silenzio sotto il quale la dottrina e la giurisprudenza hanno passato la questione dell'appellabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza proposta in référé.

La scelta effettuata dal legislatore francese di applicare anche in questa particolare materia un'impugnazione di diritto comune qual'è l'appello nonchè la circostanza

²⁴⁷Tale sentenza della camera mista della Cour de Cassation del 7 maggio 1982(Rev. trim. droit civil, 1982, 788, oss. R. Perrot), si esprime affermando: << (...) *l'interdiction prévue à l'article 150 du NCPC, de tout recours contre une décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction n'est applicable que si le juge reste saisi d'une demande distincte de la mesure d'instruction ordonnée et il n'est pas ainsi lorsque le juge des référés a épuisé sa saisine en prescrivant, avant tout procès et en vertu de l'art. 145 du même code, des mesures destinées à établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'une litige.*>>

che l'art. 490, N.c.p.c., precisi espressamente le ipotesi in cui lo stesso resta precluso, implicano quale logica conseguenza la sottoponibilità a questa via di ricorso anche dei provvedimenti negativi i quali, pertanto, non sono riproponibili ma esclusivamente appellabili secondo gli usuali criteri di soccombenza²⁴⁸.

a₁) *Il procedimento.*

Per quanto riguarda la procedura applicabile all'appello essa si modella principalmente su quella prevista per il primo grado giudizio.

Molte norme di diritto comune integrano tuttavia quegli aspetti procedurali per i quali non vi sono disposizioni specificamente dettate per la materia dei référés.

Così il giudice competente a conoscere di questa impugnazione è, secondo le regole generali, la corte d'appello della circoscrizione alla quale appartiene il giudice di primo grado che ha emesso l'ordinanza poichè l'ampia riforma dell'ordinamento giudiziario intrapresa a partire dal 1958, ha voluto fare di quest'organo la sola giurisdizione di secondo grado²⁴⁹.

Il termine per proporre l'appello è di quindici giorni (art. 490, secondo comma, N.c.p.c.), i quali decorrono dalla notifica dell'ordinanza ai sensi degli artt. 528 e

²⁴⁸Il problema della riproponibilità dell'istanza di référés in caso di circostanze nuove, si inquadra nel più generale problema dell'azione e dell'individuazione di quegli elementi che fanno della domanda una domanda nuova, rispetto a quanto sia già stato giudicato.

Per un'ampia trattazione di questi aspetti di teoria generale: Gilli, *La cause juridique de la demande en justice*, Th., Paris, 1960; J. Normand, *Le juge et le litige*, Th., Lille, 1961, pubb. 1966, prefazione R. Perrot; H. Motulsky, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Dalloz, 1968, Chron., 1.

²⁴⁹Ai sensi dell'art. R. 211-1 del Code de l'organisation judiciaire, la corte d'appello è competente a conoscere del gravame proposto contro le decisioni rese dal tribunal de grande instance, dal tribunal d'instance, dal tribunal de commerce, dal conseil de prud'hommes e dal tribunal paritaire de baux ruraux.

Tuttavia l'art. R. 211-1, Code org. jud., prevede che il Consiglio di Stato, su parere del Consiglio dell'organizzazione giudiziaria, possa attribuire con decreto una competenza quale giudice di secondo grado al tribunal de grande instance contro le decisioni prese dal tribunal d'instance, nei casi specificamente individuati dal decreto stesso.

Sul punto: H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Vol. II, Parigi, 1973, n. 218; J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *La justice et ses institutions dans le droit français contemporain*, Ed. Dalloz, 1993, nn. 199 ss.

642, N.c.p.c..

Del pari applicabili a questo giudizio sono le norme sulla rinuncia all'appello e sull'aquiescenza (art. 557, N.c.p.c.), nonché la rimessione in termini del convenuto nei casi ed alle condizioni previste dall'art. 540, N.c.p.c.²⁵⁰.

B) Opposizione: ambito di applicabilità e procedimento.

Le restrizioni all'esperibilità dell'appello che abbiamo visto sussistere per le decisioni rese in primo ed ultimo grado, vengono almeno parzialmente bilanciate dall'ammissibilità del giudizio di opposizione che per queste ipotesi è stata espressamente sancita dal decreto del 14 marzo 1986, n. 86-585, il quale ha integrato nel secondo comma dell'art. 490, N.c.p.c., la disposizione per la quale: <<L'ordinanza di ultimo grado resa in contumacia è suscettibile di opposizione>>²⁵¹.

Il legislatore ha così posto fine alle dispute sorte in dottrina e in giurisprudenza nel vigore del testo originario della norma che sanciva il tradizionale divieto di proporre opposizione in materia di référé.

La questione era sorta fin dalla legislazione codicistica previgente e riguardava in particolare, l'opponibilità delle sentenze contumaciali rese nel grado di appello del giudizio di référé, rispetto alle quali la Cour de Cassation si era pronunciata per la ricevibilità dell'opposizione, aggirando in via interpretativa la lettera della legge ed affermando che il divieto ivi previsto riguardava le ordinanze e non le sentenze, con le quali si chiudeva -e tutt'ora si chiude- formalmente il giudizio d'appello di

²⁵⁰Estoup, cit., 50; Bertin, cit., nn. 128-132.

²⁵¹Il testo francese della disposizione è riportato *supra* nota 243.

référé²⁵².

Il Nouveau Code de procédure civile, lungi dal risolvere una volta per tutte la questione a livello legislativo, ribadiva invece l'esclusione senza alcuna eccezione, dell'applicabilità del giudizio d'opposizione alla materia dei référé, aprendo la disputa sulla possibilità o meno di continuare a seguire la soluzione ermeneutica precedentemente indicata dal Giudice di legittimità.

L'orientamento prevalente fu nuovamente favorevole a ques'ultima ²⁵³ ma ogni disputa sul punto è stata definitivamente sedata solo con l'intervento modificativo della disposizione del 1986, con il quale è stata adottata una formula che sancisce l'opponibilità di tutte le ordinanze di ultimo grado rese in contumacia e, pertanto, anche di quelle emesse in <<primo ed ultimo grado>> per le quali è istituzionalmente escluso il giudizio d'appello ²⁵⁴.

Da un punto di vista procedimentale quest'impugnazione soggiace alle norme generali previste in materia (art. 571 e seguenti, N.c.p.c.).

Il termine per proporre l'opposizione è tuttavia espressamente precisato dall'art. 490, secondo comma, N.c.p.c., ed è, come per l'appello, di quindici giorni.

15.1 LE VIE STRAORDINARIE DI RICORSO

Accanto all'appello e all'opposizione in materia di référé trovano applicazione anche le, cosiddette, vie straordinarie di ricorso, espressione con la quale

²⁵²Cass. 26 agosto 1879, Dalloz-Sirey, 1880, I, 218; 15 aprile 1891, id., 1892, I, 155.

²⁵³Ph. Bertin, Référé civil, cit., n. 113.

²⁵⁴Ph. Bertin, Le décret du 14 mars 1986, Gaz. Pal., 1986, Doctr., 258..

l'ordinamento francese indica quelle impugnazioni prive di efficacia sospensiva della forza esecutiva del provvedimento ed ammesse nei soli casi previsti dalla legge.

Queste comprendono il ricorso in Cassazione, l'opposizione di terzo ed il ricorso in revisione.

Dei tre istituti, soltanto i primi due possono tuttavia essere esperiti contro le ordinanze di référé poichè il ricorso in revisione, mirando alla ritrattazione di una pronuncia passata in giudicato, è incompatibile con il carattere provvisorio di questi provvedimenti ²⁵⁵.

a) *Il ricorso in Cassazione.*

Il giudizio di legittimità nel quale si sostanzia questa particolare via di ricorso, a cui l'art. 604, N.c.p.c., riserva la funzione di censurare le pronunce "non conformi" alle regole di diritto ²⁵⁶, è stato per lungo tempo escluso contro i provvedimenti emessi in référé, sulla base di quell'orientamento interpretativo che ne limitava l'invocabilità contro le sole decisioni definitive ²⁵⁷.

L'accresciuta importanza pratica dell'istituto -verificatasi con particolare evidenza nel campo del référé-provision e delle ordinanze di espulsione, dagli effetti pressochè irreversibili- ha indotto a riconoscere l'opportunità di rendere esperibile

²⁵⁵Il ricorso in revisione è regolato dagli artt. 593 e ss., N.c.p.c., e, al pari della revocazione prevista nell'ordinamento italiano, implica un nuovo giudizio su una controversia già coperta dal giudicato, nei casi in cui si presenti una delle ipotesi previste dall'art. 595, N.c.p.c..

Sul punto: A. Joly, Voce Recours en révision, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. III; A. Barrère, La rétractation du juge civil, Mélanges Hébraud, Toulouse, 1981.

²⁵⁶L'art. 604, N.c.p.c., dispone <<Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de Cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit>>.

²⁵⁷Betin, Référé civil, cit., n 338.

Sulla Corte di Cassazione francese: A. Touffait, La Cour judiciaire Suprême, une enquête comparative, Rev. int. droit comp., numero speciale, 1978; F. Kernalguen, L'extension du rôle des juges de Cassation, Th., Rennes, 1979; A. Tunc, Compte rendu des journées d'études sur la Cour Judiciaire Suprême, Rev. int. droit comp., 1979, 630.

il ricorso in Cassazione anche avverso queste misure.

Secondo le disposizioni normative generali (artt. 605 ss. N.c.p.c.), la Corte suprema può, pertanto, essere chiamata a pronunciarsi contro le ordinanze di référé emesse in unico grado in ragione del loro oggetto o del loro valore -ad eccezione di quelle contumaciali alle quali è riservata l'opposizione- nonché contro le sentenze rese a seguito del giudizio d'appello (di référé)²⁵⁸.

Il termine per la proposizione del ricorso è quello ordinario di due mesi, salvo disposizione contraria (art. 612, N.c.p.c.), i quali decorrono dalla notifica della pronuncia alla parte (artt. 678 e 693, N.c.p.c.); allo stesso modo la procedura applicabile non si discosta dalle disposizioni comuni dettate per questa giurisdizione.

In epoca recente il ricorso in Cassazione ha assunto un particolare interesse per le polemiche sorte sulla sua utilizzazione quale occasione e strumento di controllo del potere discrezionale di cui gode il giudice dei référé, da molti considerato pericoloso ed eccessivo nonché costantemente alimentato dalle imprecisioni dei testi legislativi²⁵⁹.

Questa tendenza si è delineata in particolare, relativamente al référé previsto dal primo comma dell'art. 809, N.c.p.c., (référé de remise en état, infra par. 18), e gioca sulla qualificazione quale questione di fatto o di diritto delle nozioni di "danno imminente" e di "turbativa manifestamente illecita", utilizzate dalla norma per indicare i presupposti che giustificano l'emissione della misura.

²⁵⁸Sull'esperibilità del ricorso in cassazione contro le ordinanze di référé: V.J. Borè, La cassation en matière civile, Ed. Sirey, 1985, nn.2960; A. Perdriau, Le contrôle de la Cour de Cassation en matière de référé, J.C.P., 1988, I, 3365.

²⁵⁹R. Tendler, Le juge de référé, une <<procédure ordinaire>> ?, Dalloz, 1991, Chron., 139.

La questione non è puramente definitiva ed implica importanti risvolti pratici poichè dall'adozione dell'una o dell'altra soluzione, dipende l'esclusione o l'esercizio del potere di controllo da parte della Cour de Cassation sull'operato del magistrato dei référé.

In ordine al presupposto del danno imminente, una pronuncia della Corte di Cassazione del 6 dicembre 1978 ²⁶⁰ affermò che l'apprezzamento di tale condizione rientrava nei poteri sovrani del giudice dei référé in quanto nozione di puro fatto: questa posizione è stata costantemente mantenuta dalla giurisprudenza che tutt'ora esclude ogni possibile sindacato in sede di legittimità, delle valutazioni effettuate sotto questo profilo dal giudice dei référé ²⁶¹.

Il dibattito è sorto al contrario, relativamente alla nozione di "turbativa manifestamente illecita" sulla cui qualificazione si è verificata una spaccatura all'interno della stessa Cour de Cassation. Le Camere civili, ritenendo che l'avverbio "manifestamente" costituisca il fulcro della nozione, affermano che la stessa si risolve in un giudizio di mero fatto insindacabile in Cassazione ²⁶²; al contrario la Camera sociale e la Camera commerciale, facendo leva sull'aggettivo "illecita", affermano come lo stesso implichi necessariamente una valutazione di puro diritto censurabile, in quanto tale, in sede di legittimità ²⁶³.

La dottrina francese, sulla base di una considerazione di mera opportunità costituita dal rilievo del potenziale rischio di pregiudizio del merito della

²⁶⁰Cass. civ. 6 dicembre 1978, Bull. civ., 1978, II, n. 266.

²⁶¹Cass. civ. 20 marzo 1978, Bull. civ., 1978, I, n. 116; Com. 21 marzo 1984, id., 1984, IV, n. 115; Cass. civ. 23 ottobre 1991, id., 1991, III, n. 247; 16 giugno 1993, Dalloz, 1993, Jurispr., 618.

²⁶²Cass. civ. 29 ottobre 1990, Dalloz, 1992, Somm., 72; 10 gennaio 1990, Dalloz, 1990, I.R., 26.

²⁶³Soc. 21 novembre 1990, Dalloz, I.R., 292; 7 febbraio 1990, ibid., 54; 20 febbraio 1991, Bull. civ., 1991, V, n. 83; Com. 9 maggio 1990, id., 1990, IV, n. 144.

controversia insito in una valutazione di tal natura, incompatibile con il carattere provvisorio e le finalità del procedimento di référé, pare perlopiù orientata ad escludere la qualificazione della "turbativa manifestamente illecita" quale nozione di diritto, senza peraltro trascurare come la pur criticata posizione della giurisprudenza che abbiamo ricordata, sia indice di un disagio sentito nei confronti dell'ampiezza dei poteri discrezionali spettanti al giudice dei référé e dal necessario soggettivismo con cui gli stessi sono esercitati ²⁶⁴.

b) *L'opposizione di terzo.*

L'opposizione di terzo costituisce una via di ricorso prevista in favore di quei soggetti lesi o semplicemente minacciati nei loro interessi, da una pronuncia intervenuta a seguito di un giudizio dai quali sono rimasti estranei ed alla cui modifica o ritrattazione hanno pertanto interesse (art. 582 e 583, N.c.p.c.) ²⁶⁵.

L'utilità pratica di quest'istituto in materia di référé, è stata a lungo tempo discussa poichè il terzo eventualmente leso da un'ordinanza di questo tipo, avrebbe pur sempre potuto chiederne in via autonoma la modifica o l'annullamento costituendo il suo pregiudizio, una <<circostanza nuova>> ai sensi del secondo comma dell'art. 488, N.c.p.c. ²⁶⁶.

Attualmente tuttavia non vi sono nè dubbi nè limiti circa l'ammissibilità dell'opposizione di terzo contro l'ordinanza di référé data l'ampia formulazione

²⁶⁴J.F. Burgelin, J.M. Coulon, M.A. Frison- Roche, Le juge des référés au regard des principes procédurales, Dalloz, Chron., 1995, 68; J.M. Coulon, nota a Cass. civ. 16 giugno 1993, cit., 590 ss.; R. Tendler, Le juge des référés, une <<procédure ordinaire>>?, cit., 142.

²⁶⁵L'individuazione dei casi in cui ricorre il generico <<interesse>> richiesto dall'art. 583, N.c.p.c., costituisce il maggior problema posto da questo istituto.

A. Tissier, Théorie et pratique de la tierce opposition, Parigi, 1890; M. L. Boyer, Les effets des jugements à l'égard des tiers, Rev. trim. droit civil, 1951, 163; R. Martin, De l'utilité de la tierce opposition, Gaz. Pal., 1991, Doctr., 303.

²⁶⁶Bertin, Référé civil, cit., n. 137.

dell'art. 585, N.c.p.c., che prevede l'esperibilità del ricorso contro <<tutti i giudicati>>, espressione quest'ultima che nell'accezione utilizzata dal Nouveau Code de procédure civile è pacificamente comprensiva delle pronunce rese in référé.

15.2 RILIEVI CONCLUSIVI SUL SISTEMA DELLE IMPUGNAZIONI DELLE ORDINANZE DI RÉFÉRÉ ALLA LUCE DELLE INNOVAZIONI INTRODOTTE IN ITALIA IN MATERIA CAUTELARE DALLA LEGGE 353/90

Sotto la spinta della pratica e della prevalente dottrina ²⁶⁷ anche il legislatore italiano del 1990 ha compiuto, com'è noto, la scelta di istituire una sorta di doppio grado di giudizio nel processo cautelare che ha permesso di uniformare il sistema dei rimedi ponendo termine all'ingiustificata e non più procrastinabile disparità di trattamento fino ad allora esistente tra la disciplina prevista per i sequestri e la regolamentazione dettata per i provvedimenti d'urgenza ²⁶⁸.

Se il principio di affidare il riesame del provvedimento cautelare ad un giudice diverso, (normalmente) superiore ed a formazione collegiale rispetto a quello prima istanza, costituisce un punto di contatto tra l'ordinamento francese e quello

²⁶⁷La tutela d'urgenza, Atti del XV Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra li studiosi del processo civile, Bari, 4-5 ottobre 1985, Rimini, 1986.

²⁶⁸Tommaseo, Il commento, cit., 96.

italiano, i rilievi svolti nei paragrafi precedenti permettono di cogliere le differenze esistenti tra i due sistemi in tutta la loro rilevanza.

In Italia la predisposizione dell'istituto del reclamo esaurisce i mezzi, propriamente, di *ricorso*, esperibili contro le misure cautelari.

Quest'ultime sono revocabili e modificabili nel corso del necessario giudizio di merito ma ogni ulteriore possibilità di impugnazione diversa dal reclamo, è demandata ed assorbita da quelle eventualmente esperibili contro la sentenza dalla quale la cautela è destinata invariabilmente ad essere sostituita.

La diversa impostazione data dal legislatore francese e da quello italiano al rispettivo sistema di controlli, non costituisce una scelta puramente tecnica ma rispecchia la rilevante divergenza strutturale esistente tra le procedure di *référé* francesi e le misure cautelari italiane, divergenza costituita dal differente vincolo che lega le une e le altre al processo di cognizione.

Il rapporto di mera eventualità intercorrente tra i provvedimenti di *référé* e la cognizione ordinaria, conferisce ai primi la possibilità di avere una vita autonoma e distinta rispetto al procedimento di merito alla cui instaurazione non è in alcun modo subordinata la loro validità: essi, cioè, istituzionalmente provvisori nel fine, possono divenire definitivi di fatto ed in virtù di ciò, sono regolati dall'ordinamento francese che estende loro il sistema generale delle impugnazioni così come lo stesso si articola tra le vie ordinarie e straordinarie di ricorso.

La linea evolutiva seguita dall'istituto è stata nel segno di un progressivo affrancamento dalla condizione d'urgenza -e, dunque, da funzioni propriamente cautelari- per assumere connotati e funzioni più schiettamente soddisfattive, come

appare con particolare evidenza nel caso del *référé-provision* disciplinato dal secondo comma dell'art. 809, N.c.p.c. (infra): in quest'ottica l'ordinamento ammette contro tali ordinanze i medesimi gravami concessi contro la sentenza nell'idea che, sul piano *funzionale*, siano alla stessa equivalenti ²⁶⁹.

Di matrice opposta è invece il percorso evolutivo seguito dalle misure cautelari italiane per le quali il legislatore del 1990 ha rafforzato il carattere di temporaneità, subordinando il perdurare della loro efficacia all'instaurazione del processo di merito e, pertanto, conferendo loro una struttura che le rende fisiologicamente incapaci di vita autonoma rispetto alla cognizione ordinaria alla quale sono legate da uno stretto rapporto di strumentalità, nell'intento di togliere qualunque valenza satisfattiva a questi provvedimenti.

Per questo il nostro legislatore ha strutturato la garanzia del doppio grado di giudizio facendo ricorso non ad un istituto di diritto comune, com'è avvenuto in Francia con l'appello, ma creando uno strumento ad *hoc* per il processo cautelare, specificatamente regolato in punto di competenza e -entro certi limiti- di procedura applicabile ²⁷⁰.

Ancora a questa ragione si riconduce la riproponibilità dell'istanza cautelare in caso di provvedimento negativo ²⁷¹ il quale "non consuma" l'azione poichè dallo

²⁶⁹In tal senso G. Tarzia nel suo intervento riportato in *La tutela d'urgenza*. Atti del XV° Convegno internazionale. Bari 4-5 ottobre 1985, Rimini, 1986, 153-154.

²⁷⁰La novella del 1990, ha assoggettato la procedura applicabile al reclamo in parte, alla disciplina dei procedimenti in camera di consiglio ed in parte, alle specifiche disposizioni di cui all'art. 669 terdecies, terzo e quarto comma, c.p.c..

Per una specifica trattazione del procedimento del reclamo V. indicazioni bibliografiche *supra* nota n. 203 e *infra* nota n. 375.

²⁷¹Nelle disposizioni originariamente previste dalla riforma del 1990, l'esperibilità del reclamo era limitata ai provvedimenti di concessione della misura.

La Corte Costituzionale con sentenza del 23 giugno 1994, n. 253, è intervenuta in materia dichiarando <<illegittimo l'art. 669 terdecies,c.p.c., nella parte in cui non ammette il reclamo ivi previsto anche avverso l'ordinanza con cui sia stata rigettata la domanda di provvedimento cautelare.>>: in Foro it., 1994, I, 2002 con nota di B. Capponi, Il reclamo avverso il

stesso non scaturisce l'obbligo di attivare la cognizione ordinaria nella quale, la medesima azione cautelare, è altrimenti destinata a confluire e ad esaurirsi.

La creazione di questo sistema ha lo scopo di mantenere su due piani diversi e distinti l'ambito di operatività della tutela cautelare rispetto a quella di merito limitando la prima ad una funzione conservativa o satisfattiva anticipatoria meramente interinale. Se peraltro, risulta irrinunciabile la predisposizione di meccanismi attraverso i quali possa essere attivata la cognizione piena con il recupero delle garanzie ad essa connesse, non altrettanto evidente è l'opportunità di prevedere l'attivazione della stessa in termini di necessità nonchè la volontà che sta alla base di tale scelta, di privare il provvedimento provvisorio di ogni eventuale funzione satisfattiva anche in quelle ipotesi in cui nessuna delle parti ha interesse alla prosecuzione del giudizio.

provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale).

Per l'attuale assetto dei rapporti tra l'istituto del reclamo e la modificabilità e revocabilità dei provvedimenti: Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, cit., 722 ss..

CAPITOLO V

DISPOSIZIONI CONCERNENTI LE SINGOLE FIGURE

DI REFERE

16. I REFERE GENERALI

Abbiamo precedentemente sottolineato ²⁷² come nell'ambito dei *référé* il legislatore francese abbia previsto procedure speciali, riguardanti ipotesi particolari ed aperte solo a certi tipi di misure, ed istituti di più versatile natura tanto per l'ampiezza dei presupposti in presenza dei quali possono essere invocati che per la varietà dei contenuti dei relativi provvedimenti: questi sono i *référé* generali i quali, se pur numericamente inferiori rispetto a quelli speciali, costituiscono nondimeno il *proprium* della materia che in virtù del loro contenuto si caratterizza.

La categoria dei *référé* generali corrisponde, secondo la terminologia utilizzata dalla pratica, a quattro tipi di procedure costtuite: a) dal *référé* classico in caso d'urgenza (*référé classique*); b) dal *référé* concernente misure conservative o di ripristino (*référé de remise en état*); c) dal *référé* diretto all'ottenimento di una provvisoria (*référé-provision*), ovvero d) all'esecuzione di un'obbligazione di fare (*référé-injoction*).

Questi istituti sono previsti in termini identici per ciascuna giurisdizione pertanto, nell'analisi che segue, abbiamo preferito riferirci alle disposizioni di cui agli artt. 808 e 809, N.c.p.c., dettate per il tribunal de grande instance -e, più esattamente per il suo presidente- al quale l'art. 806 dell'ancien Code de procédure civile riservava originariamente la competenza esclusiva in materia di *référé*, facendo delle disposizioni ivi previste un vero e proprio paradigma normativo ripreso *sic e simpliciter* dalle riforme che hanno successivamente esteso il procedimento di

²⁷² *Supra*, par. 3.

référé alle altre giurisdizioni.

17. IL REFERE CLASSICO IN CASO D'URGENZA

L'art. 808, N.c.p.c., apre la sezione riservata alle singole procedure di référé disponendo che: « In tutti i casi d'urgenza, il presidente del tribunal de grande instance può ordinare in référé tutte le misure che non si oppongono a serie contestazioni o che sono giustificate dall'esistenza di una controversia. »²⁷³.

La formulazione della norma rende ragione dell'espressione "référé classico" con cui la pratica designa questo particolare procedimento che costituisce la perpetuazione della tradizione giuridica che configura la materia come fondata, appunto, sull'urgenza.

Pur costituendo il primo ed imprescindibile presupposto previsto dalla norma, l'urgenza delle circostanze non esaurisce tuttavia, le condizioni a cui è subordinata la concessione della misura che dovrà ulteriormente soddisfare in alternativa, l'ipotesi dell'assenza di serie contestazioni o quella dell'esistenza di una controversia.

a) *La condizione d'urgenza.*

Il legislatore francese nel fissare questo presupposto che conferisce all'istituto un indubbia natura cautelare, si è limitato ad un generico richiamo ai «casi d'urgenza» senza fornire nè una definizione normativa di questa circostanza, nè

²⁷³Il testo dell'art. 808, N.c.p.c., dispone testualmente: « Dans tous les cas d'urgence, le président de tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. »

l'indicazione dei parametri in base ai quali valutarne i limiti di rilevanza giuridica. Ciò ha corrisposto alla precisa volontà di conferire un'estrema elasticità a questo référé il quale consente di invocare la procedura per eludere ogni tipo di *periculum*, demandando nel contempo al potere discrezionale del giudice la determinazione del contenuto del provvedimento più idoneo a scongiurarlo. In altre parole la particolare struttura dell'istituto non soltanto affida al magistrato il compito di individuare le misure adottabili secondo le concrete circostanze della lite ma rimette allo stesso la valutazione del presupposto stesso dell'urgenza, il cui generico richiamo lascia completamente libero l'organo giudicante nella valutazione della sua ricorrenza, non esistendo indicazioni paragonabili a quelle che nel nostro sistema limitano invece al "danno imminente ed irreparabile", il pregiudizio giuridicamente rilevante ai fini della procedura ex art. 700, c.p.c..

L'orientamento interpretativo che abbiamo visto essersi delineato circa i caratteri generali dell'urgenza, quando la stessa costituiva l'unica ipotesi di esperibilità dell'istituto ai sensi dell'art. 806 dell'*ancien Code de procédure civile*²⁷⁴, è stato attualmente recepito nell'applicazione dell'art. 808, N.c.p.c., per il quale, secondo una delle voci più accreditate e citate v'è urgenza <<tutte le volte che un ritardo nella decisione che deve essere presa potrebbe compromettere gli interessi dell'attore>>²⁷⁵.

Quest'idea che individua il presupposto del référé classico nel pericolo di danno insito in una tutela tardivamente apprestata -coincidendo, in definitiva, con il

²⁷⁴ *Supra* par. 4.

²⁷⁵ Così R. Perrot, *L'évolution du référé*, cit., 654. La definizione dell'urgenza proposta da tale Autore è richiamata anche da Bertin, *Référé civil*, cit., n. 143 e da Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit., 58; conf. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Mélanges Raynaud, Toulouse, 1985.

periculum in mora alla base delle misure cautelari italiane- è ulteriormente arricchita da quelle osservazioni che pongono questo pregiudizio in rapporto diretto con il processo ordinario evidenziando come, anche nell'ottica francese, vi sia un legame di funzionalità tra il procedimento urgente e quello di cognizione, essendo il primo diretto a scongiurare i danni che si profilano a causa della durata del secondo: << [l'urgenza] avendo sempre per causa l'inevitabile lunghezza delle istanze, suppone un pericolo, il quale può sia risultare dalle circostanze e trovarsi aggravato da questa lentezza, sia risiedere nel pregiudizio che i termini processuali ordinari sono suscettibili di portare a legittimi interessi materiali, intellettuali o morali (...)>>²⁷⁶.

La giurisprudenza francese ha sostanzialmente accolto gli sforzi definitivi compiuti dalla dottrina²⁷⁷ rispetto ai quali, in sporadiche occasioni, ha preferito proporre un'interpretazione maggiormente restrittiva del concetto d'urgenza, richiedendo per la sua ricorrenza la presenza di un <<pregiudizio irrimediabile>>²⁷⁸.

In ogni caso la valutazione di queste circostanze deve essere effettuata in rapporto

²⁷⁶In tal senso M. Cossa, *L'urgence en matière de référé*, Gaz. Pal., 1955, Doctr., 45: <<....*qu'ayant toujours pour cause la longueur inévitable des instances, elle suppose un danger, lequel, soit résulte des circonstances et se trouve aggravé par cette lenteur, soit réside dans le préjudice que les délais habituels de procédure sont susceptible de porter à de légitimes intérêts, matériels, intellectuels ou moraux....*>>.

Sul concetto d'urgenza in materia di référé Cfr. J.P. Seignolle, *L'urgence en référé*, Reg. gén. lois, 1958, 97; dello stesso Autore, *La juridiction du président du tribunal. Des référés*, Vol. I, Parigi, 1957, 103; *Travaux 12° Colloque I.E.J. Pau*, mai 1979, *Les procédures d'urgence*.

²⁷⁷L'orientamento giurisprudenziale prevalente afferma che << L'urgence se trouve caractérisée lorsqu'un retard dans la décision serait de nature à compromettre les intérêts du demandeur.>> : Trib. gr. ist. Paris 6 gennaio 1983, Gaz. Pal., 1983, I, Somm., 40; conf. Cour appel Paris 3 maggio 1917, Dalloz, 1917, II, 115.

²⁷⁸In alcune occasioni è stata affermata la ricorrenza del requisito d'urgenza quando: <<à défaut de mesure immédiate, la situation dénoncée conduirait à un préjudice irrémédiable.>>: Cass. civ. 20 ottobre 1976, Bull. civ., 1976, III, n. 364; 25 ottobre 1989, id., 1989, I, n. 332.

alla natura dell'affare ²⁷⁹ ed il loro apprezzamento, pacificamente ritenuto di puro fatto, è "abbandonato" al potere sovrano del giudice dei référé e sottratto al sindacato di legittimità della Cour de Cassation ²⁸⁰.

Della constatazione dell'urgenza il giudice deve, in via di principio, dare conto nella motivazione dell'ordinanza ²⁸¹ ma abbiamo già sottolineato come la prassi diffusa tenda a ritenere sufficiente una risultanza implicita della stessa ²⁸² o anche la sola menzione <<vista l'urgenza>> ²⁸³.

Nella pratica applicativa dell'art. 808, N.c.p.c., l'urgenza si delinea pertanto come una nozione relativa ²⁸⁴ rimessa all'oculatezza del magistrato ed improntata ad un inevitabile empirismo ²⁸⁵.

b) Assenza di contestazioni serie ed esistenza di una controversia.

Questa ulteriore condizione prevista a fondamento del référé classico dall'art. 808, N.c.p.c., ha posto complessi problemi ermeneutici a causa della non felice formulazione della disposizione la quale ha lasciato all'interprete non solo il compito di stabilire cosa debba intendersi per <<assenza di contestazioni serie>>

²⁷⁹Cour appel Amiens 10 febbraio 1954, Rev. trim. droit civil, 1954, 540, oss. P. Hébraud; Trib. gr. ist. Saint-Brieuc 26 luglio 1979, id., 1980, 151, J. Normand.

²⁸⁰In tal senso Vincent e Guinchard, Procédure civile, cit., 205 cui appartiene l'espressione virgolettata.

²⁸¹Bertin, cit., n. 143.

²⁸²Cass. civ. 20 gennaio 1976, Bull. civ., 1976, I, n. 24; Com. 4 marzo 1988, id., 1988, IV, n. 98; Cass. civ. 25 ottobre 1989, id., 1989, I, n. 332.

²⁸³Cass. civ. 27 marzo 1957, Bull. civ., 1957, II, n. 706; V. *supra* par. 4.

²⁸⁴Così la definisce Estoup, cit., 59 e già Seignolle, La juridiction du président du tribunal, cit., 104.

²⁸⁵A titolo esemplificativo la giurisprudenza ha ritenuto ricorrere la circostanza d'urgenza: quando la parte è minacciata da un licenziamento imminente (Cour appel Paris 22 giugno 1974, Gaz. Pal., 1975, 167); quando dal cattivo stato di manutenzione di un immobile possono derivare danni ai passanti (Cass. civ. 11 luglio 1974, Bull. civ., 1974, II, 229; quando in difetto del provvedimento richiesto può determinarsi lo scioglimento della società (Com. 26 aprile 1982, Bull. civ., 1982, IV, n. 136) o la paralisi degli organi di gestione (Com. 17 ottobre 1989, Bull. civ., 1989, IV, 250); quando la domanda tende all'espulsione di un locatario divenuto mero occupante senza diritto nè titolo (Cass. civ. 10 dicembre 1958, Bull. civ., 1958, II, n. 823) ovvero alla cessazione di lavori non conformi alle disposizioni dettate in materia d'urbanistica (Cour appel Colmar 19 novembre 1982, J.C.P., 1983, II, 20118).

ma anche quello di chiarire il rapporto intercorrente tra queste due ipotesi che la norma pone indubbiamente come alternative -data la particella disgiuntiva "o"- ma che appaiono, almeno a prima vista in insanabile contrasto ²⁸⁶.

b₁) *Assenza di contestazioni serie.*

Nella normativa antecedente alle innovazioni recepite nel Nouveau Code de procédure civile, il carattere provvisorio dell'ordinanza di référé impediva al giudice di adottare provvedimenti che implicassero la soluzione di una <<seria difficoltà>> ²⁸⁷.

Questa limitazione si riallacciava a quel divieto di <<pregiudicare il merito>> tradizionalmente gravante sul giudice dei référé, contribuendo a delimitare la sfera di operatività di questa procedura rispetto al processo ordinario.

La condizione dell'assenza di serie contestazioni prevista dall'odierno art. 808, N.c.p.c., è stata introdotta dal decreto del 9 settembre 1971, n. 71-740, il quale l'ha sostituita all'originario limite imposto dalla serietà delle difficoltà.

L'interpretazione data dalla dottrina a questa nuova espressione, è nel senso di ritenere che la stessa mantenga la funzione di impedire uno sconfinamento del giudice dei référé nel merito della lite, introducendo tuttavia anche quell'idea di evidenza a cui la materia ha man mano ceduto il passo nel corso delle successive riforme ²⁸⁸.

Da un punto di vista pratico, la rinnovata formulazione della norma comporta

²⁸⁶Il contrasto nasce dal fatto che l'alternativa prevista dall'art. 808, N.c.p.c., sembra considerare l'esistenza di contestazioni ad un tempo causa di esclusione e di ammissione della misura richiesta in référé (infra, par. 18.1).

Sul punto è particolarmente critico R. Martin, *Le référé théâtre d'apparence*, cit., 159.

²⁸⁷Martin, cit., 159.

²⁸⁸Così R. Martin, cit., 159; P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit., 63.

pertanto che si abbiano <<contestazioni serie>> tali da escludere la concessione della misura, quando le stesse cadono sulla reale esistenza dei fatti o sulla loro qualificazione giuridica ²⁸⁹ ma anche quando le stesse risultino in modo certo e manifesto ²⁹⁰.

Per contro, una contestazione che pur concerna il merito della controversia, non impedirà l'emanazione della misura richiesta qualora l'infondatezza della stessa, e dunque l'assenza di serietà delle eccezioni sollevate, risulti da un esame meramente superficiale ²⁹¹.

Normand ha tuttavia osservato come il concetto di contestazione seria, che richiama la <<*evidence du droit, son incontestabilité manifeste, la certitude absolue de son existence*>> ²⁹², autorizzi una <<più audace>> penetrazione del merito poichè, l'alto grado di verosimiglianza che il ricorrere di tale circostanza comporta, giustifica la pronuncia di misure <<che rasentano>> il merito e, per ciò,

²⁸⁹Bertin, *Référé civil*, cit., n. 151.

²⁹⁰Bertin, cit., nn. 149 ss.; Cfr. con J. P. Rousse, *Nature et finalité de la mesure de référé*, *Gaz. Pal.*, 1977, *Doctr.*, 249; R. Tendler, *Condition de la compétence du juge des référés*, *Dalloz*, 1978, 664. La giurisprudenza ha ritenuto, ad esempio, che costituissero casi di <<contestazioni serie>>: i dubbi di liceità sollevati in ordine ad una clausola di non concorrenza che limita gravemente la libertà del lavoro (*Cour appel Paris* 8 gennaio 1993, *Dalloz*, 1994, *Somm.*, 219); la necessità di interpretare una clausola contrattuale (*Cass. civ.* 22 gennaio 1980, *Bull. civ.*, 1980, III, n. 20); l'apprezzamento della validità o della nullità di un articolo di una polizza assicurativa (*Trib. gr. ist. Paris* 7 febbraio 1979, *Rev. trim. droit civil*, 1980, 398, oss. J. Normand).

²⁹¹Sull'importanza dell'evidenza per valutare l'assenza di contestazioni serie V. oss. di J. Normand in *Rev. trim. droit civil*, 1979, 654, e, id., 1980, 398.

La giurisprudenza ha affermato che <<le juge des référés peut passer outre à une contestation soulevée lorsque le caractère peu sérieux de celle-ci apparaît à un examen superficiel et tel est le cas de la violation caractérisée et brutale de la règle de droit.>>: *Trib. gr. ist. Niort* 23 luglio 1981, *Gaz. Pal.*, 1982, *Somm.*, 30.

In concreto è stato escluso che non si opponessero a serie contestazioni: la consegna delle chiavi di un appartamento il cui prezzo è già stato pagato (*Trib. gr. ist. Maçon* 29 maggio 1973, *Rev. trim. droit civil*, 1973, 803, oss. P. Hébraud); l'espulsione di un salariato che facendosi giustizia da solo, ha ripreso l'esercizio delle sue funzioni senza attendere la decisione di merito sul licenziamento (*Soc.* 14 giugno 1978, *J.C.P.*, 1978, IV, 255; la nomina di un amministratore giudiziario per determinare la consistenza di un patrimonio quando il giudice dei référés non deve decidere in ordine alla esistenza dei diritti rivendicati (*Cass. civ.* 27 maggio 1974, *J.C.P.*, 1974, V, 258).

²⁹²J. Normand, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, *Rev. trim. droit civil*, 1974, 655.

idonee a porre fine alla controversia ²⁹³.

Anche tale condizione, parimenti all'urgenza, deve essere constatata dal giudice dei référé ²⁹⁴ ma essendo considerata -a differenza di quella- una circostanza di natura mista tra fatto e diritto, la valutazione effettuata da tale magistrato non sfugge al controllo di legittimità da parte della Cour de Cassation ²⁹⁵.

b₂) *Esistenza di una controversia.*

Nell'interpretazione corrente dell'art. 808, N.c.p.c., la presenza di una contestazione seria, non è tuttavia causa di esclusione del référé poiché la seconda ipotesi dell'alternativa contenuta nella disposizione, prevede che la misura richiesta possa per l'appunto, essere giustificata anche dalla <<esistenza di una controversia>>.

La giurisprudenza francese sgomberando il campo da ogni possibile dubbio ha, a più riprese, affermato che << L'esistenza di una contestazione seria, lungi dal costituire un ostacolo alla prevenzione dei danni inerenti alla situazione sottoposta al giudice, ne costituisce al contrario il fondamento.>> ²⁹⁶, ulteriormente precisando come sul magistrato investito dell'istanza, gravi l'onere di ricercare se la misura sollecitata possa giustificarsi su questa particolare circostanza, non potendo lo stesso respingere le richieste dell'attore sulla base del solo rilievo

²⁹³J. Normand, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, Rev. trim. droit civil, 1980, 398; C. Giverdon, *Voce Référé*, *Juris-Classeur de proc. civ.*, Vol. III, fasc. 233, 7.

²⁹⁴Com 1 marzo 1983, J.C.P., 1983, IV, 158.

²⁹⁵Cass. 22 febbraio 1983, J.C.P., 1983, IV, 149.

La relativa eccezione non può, tuttavia, essere sollevata per la prima volta in Cassazione: Cass. civ. 25 maggio 1956, Bull. civ., 1956, II, 276; 4 marzo 1964, id., 1964, II, 203; 30 gennaio 1979, J.C.P., 1979, IV, 117.

²⁹⁶Cass. civ. 20 gennaio 1976, Bull. civ., 1976, I, n. 24; 14 dicembre 1976, Rev. trim. droit civil, 1980, 603, oss. J. Normand; 20 marzo 1978, Bull. civ., 1978, I, n. 116; 17 ottobre 1980, Gaz. Pal., 1981, I, Panor., 64.

dell'esistenza di una contestazione seria²⁹⁷.

E' evidente come in quest'ottica, nella quale il ricorrere di contestazioni serie diviene ad un tempo causa di rigetto e di concessione della misura richiesta, la valenza alternativa delle due condizioni previste dall'art. 808, N.c.p.c, sembra annullarsi e perdere di significato creando inutili complicità interpretative il cui risultato finale è quello di rendere esperibile questo référé in tutti i casi d'urgenza a prescindere da ogni altra circostanza.

Una parte della dottrina è stata molto critica nei confronti della formulazione di questa disposizione considerata <<un mosaico di definizioni vecchie (l'urgenza, la contestazione seria) e nuove (l'esistenza di una controversia) che visibilmente non si articolano in una costruzione coerente>>²⁹⁸.

Tuttavia, al di là dell'infelice tenore letterale della disposizione, appare possibile una diversa lettura della norma che compone il contrasto tra le due proposizioni previste dall'art. 808, restituendo un senso al loro rapporto di alternatività.

Questo in effetti scompare in quelle formulazioni di principio rinvenibili nella giurisprudenza precedentemente citata, nella quale le due condizioni dell'assenza di contestazioni serie e dell'esistenza di una controversia, sono malamente prospettate come sovrapposte.

L'equivoco generato da questa impostazione latamente definitoria, si chiarisce attraverso un'analisi della casistica nella quale -al di là delle enunciazioni di carattere generale- le due ipotesi tornano a scindersi recuperando autonomia e

²⁹⁷Cass. civ. 19 maggio 1980, Bull. civ., 1980, II, n. 120.

²⁹⁸R. Martin, *Le référé théâtre d'apparence*, cit., 159 :<< Il faut se résoudre à l'évidence, cet art. 808 est composé d'une mosaïque de notions anciennes (l'urgence, la contestation sérieuse) et nouvelle (l'existence d'un différend) qui ne s'articulent pas visiblement dans une construction cohérente.>>.

significato.

Dalle applicazioni pratiche dell'art. 808, emerge infatti, che il ricorrere di una contestazione seria esclude normalmente il référé onde evitare un pregiudizio al merito della questione, *salvo* il caso in cui *l'esistenza di una controversia costituisca la ragione stessa su cui si fonda l'istanza*.

In altre parole l'ipotesi di "esistenza di contestazioni serie" quale causa di esclusione della concessione della misura, si realizza all'*interno* del processo stesso quale conseguenza della contrapposta posizione delle parti e, segnatamente, dell'attività difensiva svolta dal resistente; la "esistenza di una controversia" giustifica, al contrario, il provvedimento, quando la stessa sussiste *precedentemente* alla vicenda processuale e costituisce la ragione stessa su cui si fonda la richiesta in référé.

Così, quando siano contestati i poteri dei dirigenti di una società, in virtù dell'art. 808, N.c.p.c., può essere chiesta la nomina di un amministratore giudiziario ²⁹⁹, come pure l'incertezza esistente circa l'esito di un giudizio di merito già pendente relativamente ai diritti elevazione su di un terreno, può giustificare la sospensione dei lavori di costruzione di un immobile³⁰⁰, od ancora, l'esistenza di un grave litigio, può costituire il fondamento di quelle misure utili alla conservazione dei diritti delle parti ³⁰¹.

Il "grado" di serietà della contestazione oltre che contribuire a fondare l'intervento del giudice dei référé, offre anche la misura della gravità del provvedimento

²⁹⁹Cass. civ. 20 gennaio 1976, J.C.P., 1976, IV, 85.

³⁰⁰Cass. civ. 11 giugno 1974, J.C.P., 1974, IV, 277.

³⁰¹Cour appel Paris 26 dicembre 1986, Dalloz, 1987, Jurispr., 344.

richiesto la quale dovrà essere determinata da un lato, proporzionalmente alla serietà della controversia e, dall'altro, in rapporto alla gravità del rischio a cui sarebbe esposto l'attore se il giudice non intervenisse ³⁰².

18. IL REFERE DI <<REMISE ETAT>> PREVISTO DAL PRIMO COMMA DELL'ART. 809 DEL NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE

Il primo comma dell'art. 809, N.c.p.c., dispone:<<Il presidente può sempre, anche in presenza di una contestazione seria, prescrivere in référé le misure conservative o di rimessione in pristino che si impongono, sia per prevenire un danno imminente, sia per far cessare una turbativa manifestamente illecita.>> ³⁰³.

L'attuale formulazione della norma è dovuta al decreto del 17 giugno 1987, n. 87-434, con il quale il legislatore francese ha ritoccato il testo originario della disposizione aggiungendo l'espressione <<anche in presenza di una contestazione seria>>, al fine di ribadire l'invocabilità del giudice dei référé in presenza di questa circostanza, già fisiologicamente compresa nell'avverbio <<sempre>> ma osteggiata da una persistente prassi applicativa che tendeva a demandare queste ipotesi alla cognizione del magistrato competente per il merito ³⁰⁴.

Il testo ha grandi potenzialità applicative dovute alla duttilità dei presupposti

³⁰²Così J. Normand, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, Rev. trim. droit civil, 1988, 168.

³⁰³Il primo comma dell'art. 809, N.c.p.c., dispone: <<*Le président peut toujours, me^eme 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.*>>

³⁰⁴Cass. civ. 21 luglio 1986, Bull. civ., 1986, II, n. 119.

P. Drai, *Quelques observations sur le décret n. 87-434 du 17 juin 1987: Pour un juge que toujours décide....*, Gaz. Pal., 1987, II, Doctr., 512; F. Zénati, *Osservazioni*, Rev. trim. droit civil, 1987, 626.

previsti a fondamento dell'istanza i quali, formalmente svincolati dalla condizione d'urgenza, sono suscettibili di trovare impiego in numerosi ambiti.

L'oggetto specifico della tutela apprestata attraverso questo référé è costituito dalle, così dette, "vie di fatto", espressione con la quale la dottrina e la giurisprudenza francese indicano comportamenti suscettibili di arrecare un danno a situazioni sostanziali di diritto soggettivo o concernenti libertà fondamentali, ovvero di natura illecita³⁰⁵.

Queste ipotesi trovano espressione normativa rispettivamente nel concetto di <<danno imminente>> e di <<turbativa manifestamente illecita>> a cui l'art. 809, primo comma, subordina l'esperibilità del référé.

Le due condizioni sono configurate dalla disposizione come distinte ed autonome, sì da poter giustificare separatamente la misura richiesta ma la teoria e la pratica hanno nondimeno dimostrato come entrambe le nozioni si compenetrino e si completino a vicenda al punto da essere spesso cumulativamente invocate a sostegno del provvedimento.

Il <<danno imminente>> viene solitamente definito come una situazione di sicuro pregiudizio a cui è esposto l'attore qualora il giudice non intervenga tempestivamente³⁰⁶.

Il concetto richiama inevitabilmente l'idea dell'urgenza prevista alla base del référé classico, requisito al quale l'art. 809 fa tuttavia un riferimento meramente

³⁰⁵J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, cit., 207; Bertin, Référé civil, cit., 179; J. Normand, Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé, Rev. trim. droit civil, 1996, 236; Cass. civ. 2 giugno 1993, J.C.P., 1993, IV, 1924; 17 novembre 1983, id., 1984, IV, 29; 4 dicembre 1984, Bull. civ., 1984, I, 281.

Per l'indicazione degli specifici casi giurisprudenziali V. *infra* par. 19.

³⁰⁶Estoup, La pratique des procédures rapide, cit., 71.

implicito svincolando la concessione della misura dalla prova di tale circostanza³⁰⁷.

La nozione di *danno imminente* prescinde dal carattere illecito della condotta suscettibile di arrecare il pregiudizio, permettendo un intervento del giudice dei *référé* anche nel caso in cui l'azione posta in essere dal convenuto non abbia, di per sè, profili di illecità³⁰⁸.

La <<turbativa manifestamente illecita>> riposa, al contrario, su una violazione evidente ed incontestabile di una prescrizione legislativa, regolamentare, contrattuale, ovvero di una decisione d'autorità³⁰⁹.

Le due condizioni si trovano pertanto in rapporto di specularità poichè, mentre nell'ipotesi del danno imminente la violazione di legge ed il conseguente pregiudizio sono allo stato potenziale e sul punto di prodursi, tanto che l'intervento del giudice dei *référé* è invocato per impedirne la realizzazione, nel caso della turbativa manifestamente illecita la condotta *contra ius* si è già realizzata e allo stesso magistrato è richiesto di porvi fine provvisoriamente.

Questa diversità di circostanze influisce sul contenuto delle misure che avranno normalmente carattere conservativo se dirette a scongiurare il verificarsi di una lesione ad un dato interesse sostanziale, ovvero carattere repressivo e ripristinatorio -oltrechè eventualmente conservativo- qualora intervengano su una violazione già in atto (*infra*, par. 19).

³⁰⁷Cass. civ. 22 marzo 1983, J.C.P., 1983, IV, 183; 19 gennaio 1982, id., 1982, IV, 126.

³⁰⁸In tal senso Bertin, cit., 179; contra G. Parleani, *Le juge des référés face au droit communautaire*, Dalloz, 1990, Chron., 70, secondo il quale può esservi danno imminente solo in presenza di un comportamento, quantomeno, colposo poichè una condotta certamente lecita non può essere la causa di alcun danno rilevabile ai sensi dell'art. 809, N.c.p.c..

³⁰⁹Trib. gr. ist. Paris 11 marzo 1985, Gaz. Pal., 1985, I, 269.

Nello stesso senso Ph. Bertin, *Un trouble manifestement illicite: la lutte contre la vie chère*, Gaz. Pal., 1983, Chron., 419.

18.1 PROBLEMI POSTI DALL'INVOCABILITA' DEL REFERE DE REMISE EN ETAT IN PRESENZA DI UNA "CONTESTAZIONE SERIA"

I provvedimenti presi in virtù del primo comma dell'art. 809, N.c.p.c, sono soggetti alla normativa comune dettata in materia di référé e, pertanto, mantengono il carattere provvisorio delle misure ordinate ed il limite, a cui lo stesso è funzionale, del divieto del magistrato competente, di pregiudicare il merito della lite.

Il potere di intervento che il giudice dei référé conserva <<anche in presenza di contestazioni serie>>, comporta tuttavia la necessità di chiarire in via interpretativa il rapporto esistente tra tali principi, cercando di comporre il contrasto in cui gli stessi sembrano porsi.

Nell'ipotesi della turbativa manifestamente illecita, l'analisi della giurisprudenza dimostra piuttosto agevolmente come la coesistenza di tali regole si realizzi attraverso l'elemento della *evidenza*.

Quando la turbativa è *contra ius*, e lo è in modo flagrante, palese, indubbio, l'esistenza di una contestazione pur seria afferente la situazione richiesta di tutela, è superata dal solo ricorrere di tale evidenza illecita che, oltre all'attore, anche

l'ordinamento giuridico ha interesse a reprimere ³¹⁰. Se, al contrario, la turbativa

³¹⁰L'esistenza di una contestazione seria non ha impedito l'intervento del giudice dei référé, in presenza di una turbativa manifestamente illecita: per far cessare le trasmissioni radiofoniche di un'emittente effettuate senza autorizzazione, su richiesta di un net work concorrente, pur in presenza di eccezioni sull'esistenza stessa del rapporto di concorrenza, data la diversità dei programmi e quindi del pubblico a cui le radio si rivolgevano (Trib. gr. ist. Aurillac 19 settembre 1990, Dalloz, 1992, Somm. 78); contro la chiusura dei locali effettuata da un grande magazzino nei confronti di una società che esercitava in questo la propria attività, pur in presenza di contestazioni circa la natura del rapporto esistente tra le parti (Cass. civ. 12 maggio 1981, Bull. civ., 1981, III, N.

illecita manca del suo carattere manifesto, la serietà delle contestazioni sollevate dal convenuto riporta la controversia nell'ambito della competenza esclusiva del giudice di merito al quale competono gli accertamenti e gli approfondimenti resi necessari dalle circostanze inerenti la lite, i quali esulano dall'ambito di applicabilità del procedimento di référé dove la violazione deve <<saltare agli occhi>>³¹¹ essendo questo magistrato il <<giudice dell'evidente e dell'incontestabile>>³¹².

L'individuazione di un punto di equilibrio tra il divieto di pregiudicare il merito della lite gravante sul giudice dei référé e il potere dello stesso di decidere anche in presenza di contestazioni serie, è invece maggiormente problematico nel caso di danno imminente rispetto al quale nè la disposizione normativa, nè la pratica applicativa offrono indicazioni circa il criterio da seguire per stabilire quando le circostanze di causa siano per loro natura incompatibili con un giudizio provvisorio e pertanto, suscettibili di essere risolte esclusivamente attraverso la cognizione di merito.

L'unica via percorribile per comporre tale antinomia, è quella di trasferire a questa ipotesi le considerazioni svolte relativamente alle misure di référé che l'art. 808, N.c.p.c., giustifica proprio per la presenza di una controversia.

Così l'esistenza di contestazioni serie non esclude la competenza del giudice dei référé ai sensi del primo comma dell'art. 809, N.c.p.c., quando tra le stesse ed il

61); nei confronti del nudo proprietario che aveva iniziato ad abitare nel proprio immobile soggetto ad usufrutto sostenendo l'avvenuta estinzione di tale diritto a seguito di abusi commessi nel godimento dello stesso (Cass. civ. 3 giugno 1986, Rev. trim. droit civil, 1988, 169, oss. di J. Normand).

³¹¹L'espressione virgolettata è di Ph. Bertin, *Référé civil*, cit., 419.

³¹²J. Normand, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, cit., 170.

danno imminente esista un rapporto di causa-effetto, quando, cioè, è da tali contestazioni che scaturisce il pregiudizio imminente che minaccia l'attore: in mancanza di questo nesso tra le due circostanze, il magistrato adito in via di référé non potrà che declinare la propria competenza in favore del giudice del merito.

Se questa sembra essere l'unica interpretazione atta a conferire un significato concreto all'esperibilità del référé nel caso in cui ricorra la doppia circostanza del danno imminente e dell'esistenza di contestazioni serie, essa non pare avere un seguito nella giurisprudenza che considera unicamente la coesistenza di tali contestazioni con l'ipotesi della turbativa manifestamente illecita altrimenti rinviando al giudice di merito.

In altre parole, quando sussistono contestazioni serie, la giurisprudenza concede o nega la misura in référé accertando il ricorrere o meno della sola turbativa manifestamente illecita ed omettendo di verificare se il provvedimento possa eventualmente giustificarsi sull'imminenza del danno, finendo per privare di significato l'alternatività delle condizioni previste dall'art. 809, primo comma, N.c.p.c., la cui idoneità a fondare separatamente il référé <<anche in presenza di contestazioni serie>> è stata ribadita dal legislatore francese del 1987.

Quale esempio di questo atteggiamento giurisprudenziale, può essere ricordata la pronuncia della Corte d'appello di Parigi del 13 giugno 1990 (in Dalloz, 1990, Somm., 357), relativa al procedimento di référé che il canale televisivo La Cinq aveva instaurato al fine di partecipare in posizione paritaria con A2, TF1 e FR3 alla ripartizione dei diritti spettanti a Canal plus e da questa rinunciati, concernenti

la trasmissione in eurovisione dei mondiali di calcio del 1990.

L'istante sosteneva che la sua pretesa esclusione da tale ripartizione si fondava su una clausola statutaria dell'OFRT (*association des organismes français de télévision et de la radiodiffusion*), che riservava ai vecchi membri dell'associazione un diritto prioritario sulle emissioni trasmesse in eurovisione, clausola considerata fonte di comportamento anticoncorrenziale e di abuso di posizione dominante e, pertanto, causa di una turbativa manifestamente illecita e di un danno imminente (data la prossimità dell'inizio delle competizioni sportive).

La Corte d'appello adita, rigettava il provvedimento richiesto sottolineando come la molteplicità e la complessità delle contestazioni sollevate dalle parti <<supponendo l'interpretazione degli statuti degli organismi coinvolti, delle loro delibere e delle convenzioni concluse non [permettesse] alla Corte d'apprezzare con l'evidenza che s'impone al giudice dei référés se il rifiuto di retrocessione o il rigetto di ogni intesa costituisce una pratica manifestamente anticoncorrenziale.>>

Se questa motivazione è totalmente convincente per quanto riguarda l'esclusione della turbativa manifestamente illecita, lo è meno relativamente all'ipotesi del danno imminente. Questa infatti non è dalla Corte considerata nella sua autonomia e nella sua eventuale idoneità a giustificare la misura richiesta ma è esclusa con una semplice formula di stile che accomuna la stessa alla condizione espressamente esaminata: <<*Ne constitue pas un trouble manifestement illicite o un dommage imminent.....*>>³¹³.

³¹³Così commenta T. Hassler, in nota alla citata pronuncia in Dalloz, 1990, Somm., 358.

19. IL REFERE CLASSIQUE E IL REFERE DE REMISE EN ETAT NELL' APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

L'ampiezza dei presupposti a cui la legge subordina l'esperibilità dei référé regolati dagli articoli 808 e 809, primo comma, N.c.p.c., consente di coprire un vasto ambito di situazioni sostanziali e conferisce al giudice il potere di adottare le misure più idonee, rispettivamente, a neutralizzare i differenti *pericula in mora* insiti nella condizione d'urgenza, ovvero a porre fine alla minaccia di un danno imminente o ad una turbativa manifestamente illecita.

Se da un punto di vista formale i due istituti si diversificano sia per le condizioni a cui è subordinata la loro invocabilità, sia per la specificità del loro oggetto ³¹⁴, sotto il profilo pratico, le più vaste potenzialità applicative dell'art. 809, primo comma, e la possibilità dello stesso di trovare impiego anche nei casi d'urgenza grazie alla nozione di danno imminente, finiscono per monopolizzare l'interesse su questo référé che si sovrappone a quello dell'art. 808, svuotandolo di un autonomo contenuto pratico.

L'analisi della giurisprudenza dimostra infatti, l'identità delle misure d'urgenza suscettibili di essere ordinate in virtù di queste norme e come la prassi ormai costante invalsa sia tra le parti che tra i magistrati, invochi entrambe le disposizioni a fondamento, rispettivamente, dell'istanza e del provvedimento ³¹⁵.

Nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali il giudice dei référé deve tenere conto

³¹⁴Estoup, La pratique des procédures rapides, cit., 71.

³¹⁵C. Giverdon, voce Référés, Pouvoirs du président du tribunal de grande instance, Juris-Classeur de procédure civile, Ed. tecn., 1987.

della contrapposta posizione delle parti ed apprestare, ove consentito dalle circostanze, misure che in ragione della loro provvisorietà compromettano il meno possibile gli interessi in gioco.

La vasta gamma dei provvedimenti adottabili non si presta a classificazioni di sorta: essi possono avere il contenuto più vario a seconda delle esigenze afferenti gli interessi per cui è invocata la tutela cautelare e sono suscettibili di intervenire nelle materie più diverse rientranti nella competenza della giurisdizione adita.

Le indicazioni che seguono non hanno pertanto una pretesa di completezza limitandosi ad indicare le misure più frequentemente ricorrenti nella pratica.

In primo luogo gli artt. 808 e 809, N.c.p.c., consentono l'adozione di misure conservative quali i sequestri di beni litigiosi, di somme di denaro, di merci ³¹⁶, ovvero di provvedimenti a carattere inibitorio.

La pratica offre esempi piuttosto significativi in materia di tutela della persona, dove emergono le difficoltà che il giudice dei *référé* incontra nel gestire oculatamente i propri poteri in situazioni nelle quali si trovano in posizione contrapposta interessi parimenti rilevanti per l'ordinamento giuridico.

Una particolare incertezza giurisprudenziale emerge nei casi in cui i diritti afferenti la persona vengono a scontrarsi con la libertà di espressione: in queste controversie un certo orientamento interpretativo formatosi in seno alla giurisdizione dei *référé*, tende a giustificare misure restrittive delle diffusioni televisive -le quali possono consistere tanto in un sequestro che in un provvedimento diretto alla soppressione del passaggio ritenuto lesivo o

³¹⁶Cour appel Paris 26 dicembre 1986, Dalloz, 1987, 344.

dall'interdizione completa dell'emissione- solo in presenza di una <<eccezionale gravità>> del danno arrecato alla persona ³¹⁷.

La pratica ricorda il caso Touvier ³¹⁸ in cui si era posto il problema di consentire una trasmissione televisiva nella quale lo stesso veniva prospettato come colpevole di omicidio e di lesioni involontarie da un servizio giornalistico volto alla ricerca delle cause alla base di un incidente ferroviario.

L'istante domandava l'interdizione dell'emissione televisiva sottolineando come l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero comportasse nella specie una lesione della presunzione di innocenza esistente in suo favore. Il provvedimento veniva rifiutato dalla prima Camera della Corte d'appello di Parigi sulla base del rilievo dell'inesistenza di disposizioni normative che consentano al giudice un controllo preliminare delle pubblicazioni in assenza di una "manifesta" prospettazione da parte di queste della colpevolezza del soggetto indicato, così contraddicendo un suo stesso recente precedente nel quale aveva ritenuto prevalere l'esigenza di tutelare la presunzione di innocenza delle persone incolpate ³¹⁹.

Stesse problematiche e stessi provvedimenti ricorrono nel nostro ordinamento in virtù dell'art. 700, c.p.c., il cui carattere atipico consente al giudice -pur in

³¹⁷Cour appel Dijon 22 marzo 1988, Dalloz, 1989, Somm., 250; Cour appel Paris 26 febbraio 1992, id., 1993, Somm., 243.

Questa posizione ermeneutica è censurata dalla Cour de Cassation secondo la quale richiedere un pregiudizio di particolare gravità significa aggiungere una condizione non prevista dall'art. 809, primo comma, N.c.p.c.: Cass. Civ. 21 luglio 1987, Gaz. Pal., 1987, II, 577.

³¹⁸Cour appel Paris 26 febbraio 1992, cit., nota precedente.

³¹⁹Cour appel Paris 17 dicembre 1991, Dalloz, 1993, Somm., 246, con nota di T. Hassler, L'interdiction de diffusion et la presumption d'innocence confrontées aux pouvoirs du juge des référés.

La stessa corte di Cassazione francese con una successiva pronuncia del 19 febbraio 1992 (Bull. civ., 1992, II, 61), ha qualificato l'attentato alla presunzione di innocenza quale <<turbativa manifestamente illecita>> giustificativa dell'intervento del giudice dei référés.

presenza dei limiti costituiti dall'esigenza che il pregiudizio tutelabile assurga agli estremi della imminenza e della irreparabilità- l'adozione di una vasta gamma di misure.

Così anche la giurisprudenza italiana sia pure affermando, analogamente a quella francese, il principio secondo il quale <<non esiste nel nostro ordinamento la possibilità di comprimere preventivamente l'espressione del pensiero>>³²⁰, consente l'intervento del giudice cautelare quando l'esercizio di tale libertà leda o minacci altri valori costituzionalmente rilevanti.

Gli esempi più frequentemente rinvenibili nella pratica sono costituiti da misure inibitorie o ripristinatorie tese ad <<eliminare le scene di un'opera cinematografica aventi carattere denigratorio per il ricorrente>>³²¹, ovvero ad ordinare la pubblicazione <<di una lettera di rettifica (...) nella stessa pagina del giornale in cui era comparso l'articolo all'origine della controversia, unitamente al dispositivo dell'ordinanza di accoglimento del ricorso ex art. 700 c.p.c.>>³²².

Contenuti analoghi di carattere inibitorio, ripristinatorio e conservativo hanno anche le misure che, in entrambi gli ordinamenti, si rinvencono in materia di concorrenza sleale³²³.

Il giudice dei référé può, ad esempio, intervenire ai sensi del primo comma

³²⁰Pret. Roma 4 febbraio 1992, Giur. merito, 1994, 68, con nota di Vullo.

³²¹Trib. Roma 2 febbraio 1994, Foro it., 1994, I, 1936.

Nello stesso senso, in tema di tutela all'immagine: Pret. Roma 16 febbraio 1989, Dir. informatica, 1989, 520; 3 ottobre 1988, Foro it., 1989, I, 3505; 30 maggio 1980, Giust. civ., 1980, I, 2319; in caso di minori Pret. Torino 19 dicembre 1989, Dir. famiglia, 1990, 572.

³²²Pret. Roma 2 giugno 1980, Foro it., 1980, I, 2046.

³²³Nell'ambito della concorrenza sleale si ricorda che il presidente del tribunal de grande instance divide la propria competenza quale giudice dei référé, con il presidente del tribunal de commerce che può essere adito in virtù degli artt. 872 e 873, N.c.p.c., i quali costituiscono gli omologhi previsti per la giurisdizione commerciale, delle disposizioni di cui agli artt. 808 e 809, N.c.p.c. Sul punto: M. Malaurie, Référé-concurrence, J.C.P., 1993, I, 3637.

dell'art. 809, N.c.p.c., per far cessare una pubblicità illecita o comparativa³²⁴ o per impedire, fino alla decisione di merito, la pubblicazione di un giornale identico ad uno già in commercio ed edito da altra società, od ancora per interdire una trasmissione servilmente imitativa dell'emissione di successo di un'altra rete³²⁵.

Allo stesso modo il giudice italiano è intervenuto attraverso il procedimento urgente in un caso di pubblicità menzognera per <<ripristinare l'immagine dell'azienda concorrente lesa da tale campagna.>>³²⁶

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi ma l'analisi sin qui svolta è già sufficiente a dimostrare che la varietà dei provvedimenti adottabili grazie agli artt. 808 e 809, N.c.p.c., non differisce grandemente dalle misure suscettibili di essere ordinate nel nostro ordinamento che pure riserva una funzione meramente residuale alla tutela cautelare atipica.

La differenza più significativa è costituita da alcuni esempi di provvedimenti a carattere restitutorio i quali trovano un largo impiego nella pratica d'oltralpe mentre sono oggetto di un uso molto più limitato nel nostro Paese.

In materia di occupazione di immobili, ad esempio, entrambi gli ordinamenti consentono -rispettivamente ai sensi dell'art. 700, c.p.c., e (normalmente) dell'art. 809, N.c.p.c.- un intervento del giudice in via provvisoria per ottenere il rilascio del bene e la conseguenziale espulsione di chi lo detenga senza diritto nè titolo³²⁷.

³²⁴Cass. civ. 11 dicembre 1987, J.C.P., 1988, IV, 56; Cour appel Paris 18 dicembre 1985, Dalloz, 1986, I.R., 390.

³²⁵Cour appel Versailles 11 marzo 1993, Dalloz, 1993, Somm., 243.

³²⁶Nel caso di specie fu ordinata la pubblicazione di un annuncio correttivo in favore della ricorrente: pret. Verona 29 ottobre 1992, Foro it., 1994, I, 933.

³²⁷Per esempi giurisprudenziali italiani: Trib. Milano 18 dicembre 1993, Arch. locazioni, 1994, 356; Trib. Bari 7 maggio 1992, Foro it., 1992, I, 3115; Pert. Pisa 30 marzo 1990, id., 1991, I, 329; Cass. 16 gennaio 1986, n. 245, Giust. civ., Mass., 1986.

Per la giurisprudenza francese: Cass. 24 febbraio 1987, Bull. civ., 1987, I, n. 66; 12 maggio 1981, Gaz. Pal., 1981, II, Somm., 353; 3 maggio 1978, id., 1978, II, Somm., 274.

Tuttavia la nozione di <<turbativa manifestamente illecita>>, consente di intervenire nell'ordinamento francese, in tutta una serie di situazioni che invece sfuggono all'ambito di applicabilità del procedimento urgente italiano, limitato alle ipotesi in cui il danno assurga agli estremi della imminenza e della irreparabilità. Così in via di référé è possibile ottenere l'espulsione di colui che detenga un immobile in forza di un contratto di affitto stipulato dal locatore in situazione di costrizione³²⁸, o di preti e fedeli che occupino un edificio religioso per protesta contro determinate gerarchie ecclesiastiche³²⁹, od ancora degli scioperati che occupino i locali dell'impresa³³⁰.

L'art. 809, primo comma, N.c.p.c., aveva dato luogo, anteriormente all'istituzione del référé prud'homale, anche a numerose applicazioni in materia di lavoro, consentendo la reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato indipendentemente da carattere irreparabile del danno subito³³¹; l'adozione di taluni provvedimenti inibitori in ambito sindacale, quali la soppressione di

³²⁸Cass. civ. 23 febbraio 1988, Bull. civ., 1988, I, n. 241.

³²⁹Cour appel Paris 13 luglio 1977, Gaz. Pal., 1977, II, 627; Conf. Cour appel Versailles 31 gennaio 1991, Dalloz, 1991, I.R., 169; Cass. civ. 17 ottobre 1978, id., 1979, 120.

In dottrina: R. Odent, Occupation d'églises et compétence juridictionnelle, Gaz. Pal., 1977, II, Doctr., 588.

³³⁰Il carattere illecito dell'occupazione dei luoghi di lavoro costituisce ormai un dato acquisito nella giurisprudenza francese, secondo la quale lo stesso si manifesta tanto come indebita estensione del diritto di sciopero che come impedimento alla libertà di lavoro dei non aderenti: Soc. 21 giugno 1984, Gaz. Pal., 1984, II, Panor., 332; Cour appel Paris 16 maggio 1988, Dalloz, 1988, Somm., 328; Soc. 26 febbraio 1992, Bull. civ., 1992, V, n. 125.

In dottrina: Y. Saint-Jours, L'occupation des lieux du travail accessoirement à la grève, Dalloz, 1974, Chron., I, 135; M. Choisez, La grève avec occupation des lieux du travail devant le juge des référés, Droit social, 1975, 372.

³³¹Soc. 9 febbraio 1977, Dalloz, 1977, 544; 29 giugno 1968, J.C.P., 1979, II, 19136.

Sui limiti e le problematiche connesse a tali provvedimenti V. Bertin, Référé civil, cit., nn. 201-202.

Sul problema della ripartizione delle competenze tra la giurisdizione di diritto comune e quella del lavoro: J. Normand, De la répartition des compétences entre juges des référés en droit du travail, Rev. trim. droit civil, 1980, 158.

Per l'esperibilità in Italia del procedimento urgente ex art. 700, c.p.c., per la reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato: Pret. Perugia 12 dicembre 1992, Giust. civ., 1993, I, 1360; Pret. Matera 20 ottobre 1990, Riv. giur. sarda, 1992, 138.

manifesti politici affissi negli spazi riservati alle comunicazioni sindacali ³³² o l'interdizione di tenere una riunione politica nei locali dell'impresa ³³³.

20. IL REFERE-PROVISION E IL REFERE-INJOCTION

Gli istituti previsti dal secondo comma dell'art. 809, N.c.p.c., rappresentano l'innovazione più significativa subita dalla materia dei *référé* rispetto al suo assetto storico-tradizionale di rimedio urgente poichè attribuiscono a questo magistrato i poteri che più lo avvicinano al giudice di merito, inquadrandosi in quella tendenza sentita a livello generale dall'ordinamento francese, che spinge la procedura civile moderna a risolvere le liti fuori del lungo ed oneroso processo ordinario ³³⁴.

Il *référé-provision* fu introdotto dal decreto del 17 dicembre 1973, n. 73-1122, il quale nell'ambito delle riforme sulle misure di istruzione, intervenne in modifica dell'art. 73 del decreto del 9 settembre 1971, n. 71-740, conferendo al giudice dei *référé* il potere di accordare una provvisoria nei casi in cui non ricorressero contestazioni serie sull'esistenza dell'obbligazione richiesta in pagamento.

La norma non conosceva precedenti specifici e l'unica disposizione che in qualche modo ricordasse tali competenze, era quella prevista dal decreto del 17 dicembre 1967, n. 67-1062, che consentiva al giudice de la *mise en état* di liquidare un'anticipazione sulle somme dovute a titolo di risarcimento danni ³³⁵.

³³²Trib. gr. ist. Paris 16 luglio 1976, *Gaz.Pal.*, 1977, I, Somm., 136; Cour appel Paris 6 febbraio 1975, *id.*, 1976, II, 519.

³³³Cour appel Paris 14 dicembre 1976, *Gaz. Pal.*, 1977, I, Somm., 125.

³³⁴J.F. Burgelin, J.M. Coulon, M.A. Frison-Roche, *Le juge des référés au regard des principes procédurax*, cit., 68; A. Blaisse, *Quo vadis référé?*, *J.C.P.*, 1982, I, 3083.

³³⁵Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit., 85.

Il Nouveau Code de procédure civile ha recepito tale decreto del 1973 nel secondo comma dell'art. 809, disponendo che il presidente del tribunal de grande instance <<Nei casi in cui l'esistenza dell'obbligazione non è seriamente contestabile, può accordare una provvisoria al creditore.>>. A questa norma il decreto del 17 dicembre 1985, n. 85-1330, ha aggiunto l'ulteriore possibilità per lo stesso giudice e nelle medesime circostanze, di <<ordinare l'esecuzione dell'obbligazione anche se si tratti di un'obbligazione di fare.>>³³⁶.

Il presupposto comune ed esclusivo a cui è subordinata l'esecutività di entrambi i référés, è dunque costituito dall'assenza di contestazioni circa l'obbligazione che costituisce l'oggetto della provvisoria o della quale è richiesta l'esecuzione, presupposto che richiama quello stesso concetto di "assenza di contestazioni serie" che abbiamo visto relativamente al référé classico di cui all'art. 808, N.c.p.c..

In quest'ultima disposizione tuttavia, tale condizione è riferita alle *mesures* che possono essere ordinate dal giudice mentre, nel secondo comma dell'art. 809, N.c.p.c., l'assenza di eccezioni che giustifica il référé, si riferisce alla stessa *obbligazione* oggetto del provvedimento.

Una parte della dottrina francese ritiene che questa circostanza non infici la sostanziale identità tra le nozioni oggetto di tali norme³³⁷ ma altri Autori, sottolineano la necessità di non confondere le due situazioni senza, peraltro,

³³⁶Con riferimento al presidente del tribunal de grande instance, il secondo comma dell'art. 809, N.c.p.c., testualmente dispone: <<*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 d'une obligation de faire.*>>

J. Vincent, Les pouvoirs du juge en matière de provision, Etude Kayser, 1979, 417; Couchez, Le référé-provision, <<mesure ou démesure?>>, Melanges Raynaud, 1985, 161; <<Les incidents de provision>>, Journées études avoués, Limoges, 25-28 ottobre 1979, Gaz. Pal., 1979, Doctr., 598.

³³⁷Ph. Bertin, Référé civil, cit., n. 239.

indicare in che cosa queste differenze potrebbero concretamente esplicitarsi ³³⁸.

In linea teorica la diversa formulazione delle norme sembra effettivamente comportare un ambito più vasto per le contestazioni suscettibili di esser fatte valere nel procedimento di référé classico poichè la discutibilità delle *mesure* prevista in questa ipotesi, consente di sollevare eccezioni sia in ordine al contenuto specifico del provvedimento, sia in ordine alla posizione sostanziale richiesta di tutela che, della misura, costituisce lo stesso presupposto logico-giuridico; al contrario, solo quest'ultimo aspetto sembra poter essere l'oggetto delle contestazioni sollevabili ai sensi del secondo comma dell'art. 809, il quale limita il campo delle eccezioni incidenti sull'esperibilità dei relativi istituti, a quelle concernenti l'*obbligatione* azionata. A ben guardare tuttavia, il differente tenore letterale delle disposizioni previste dagli artt. 808 e 809, secondo comma, N.c.p.c., altro non è che la naturale conseguenza del carattere tipico del référé-provision e del référé-injonction, il cui contenuto è sottratto alla disponibilità delle parti e al potere discrezionale del giudice e fissato dal legislatore rispettivamente, nella provvisoria e nell'ordine di esecuzione dell'*obbligatione* di fare.

In queste circostanze è evidente che mentre nel caso del référé classico la parte convenuta potrà contestare anche il tipo di misura richiesta dall'istante, nelle ipotesi regolate dal secondo comma dell'art. 809, tale possibilità resta esclusa dal carattere tipico dei provvedimenti ed il dibattito processuale potrà vertere esclusivamente sull'esistenza dei presupposti a cui è subordinata la sua concessione.

³³⁸H. Croze, C. Morel, Procédure civile, P.U.F., 1988, 292, nota 38.

A titolo esemplificativo possiamo ricordare che la giurisprudenza della Suprema Corte francese, ha ritenuto <<non seriamente contestabile>> l'obbligazione risarcitoria gravante su un centro trasfusionale nei confronti di un soggetto infettato da HIV che negli anni 1983-1985, aveva ricevuto molteplici trasfusioni di sangue le quali risultarono non essere state sottoposte ad un particolare trattamento, necessario per rendere più sicuro il sangue stesso ed i suoi derivati. Il Giudice di legittimità ritenne che in assenza di prova che la vittima era stata contaminata per altre ragioni, il legame di causalità tra le trasfusioni e la contaminazione non poteva essere discusso e che doveva pertanto essere concessa la provvisionale richiesta ³³⁹.

In altre occasioni è stato ritenuto non seriamente contestabile che al lavoratore dovesse essere abbattuto il salario proporzionalmente alla durata dello sciopero ma che lo stesso avesse diritto a ricevere in via di provvisionale, le somme trattenute oltre la fine dell'agitazione ³⁴⁰, o che il creditore ipotecario avesse diritto ad un pagamento a mezzo di provvisionale, sul prezzo dell'immobile venduto per licitazione privata, pur in assenza della prescritta pubblicità del provvedimento di aggiudicazione, essendo il suo credito riconosciuto da una sentenza passata in giudicato e comunque non contestato ³⁴¹.

La valutazione della pacificità dell'obbligazione alla base dei *référé* di cui al secondo comma dell'art. 809, N.c.p.c., non deve comportare indagini di particolare complessità e deve emergere da un'analisi superficiale delle circostanze inerenti la

³³⁹Cass. civ. 20 luglio 1993, *Daloz*, 1993, I.R., 186.

³⁴⁰Soc. 3 febbraio 1993, *Daloz*, 1993, I.R. 63.

³⁴¹Cass. civ. 30 marzo 1988, *Daloz*, I.R., 512.

contestazione. L'idea su cui ruota tale nozione, torna dunque ad essere quella della "evidenza" che in questi istituti si presenta nella sua forma più pura, completamente scissa dall'elemento dell'urgenza che, direttamente o indirettamente, abbiamo visto ricorrere negli altri tipi di référé³⁴².

Alla base della provvisionale e dell'ordine dell'obbligazione di fare, non v'è cioè, nè l'urgenza costituita dall'esigenza di scongiurare un danno imminente e certo nel suo verificarsi in assenza dell'intervento giudiziale, nè quella insita nella necessità di por fine ad una turbativa manifestamente *contra ius*: l'evidenza richiesta è quella concernente l'assenza di contestazioni circa la situazione sostanziale alla base del provvedimento³⁴³.

Alla luce di tali rilievi emerge come la ratio che costituisce il fondamento di questi référé, sia quella di evitare un abuso del diritto di difesa da parte del convenuto e di consentire il ricorso ad un procedimento rapido ed economico quando il carattere delle circostanze sia tale da rendere eccessive le garanzie e la complessità proprie del rito a cognizione piena.

L'aver svincolato il référé-provision ed il référé-injonction da qualunque esigenza d'urgenza, incide tuttavia sulla natura di questi istituti rendendo fortemente dubbia la loro struttura cautelare.

³⁴²Dopo alcune esitazioni sulla ravvisabilità del concetto d'urgenza nella nozione stessa di provvisionale, la giurisprudenza francese si è attestata per la negativa: Cass. civ. 18 gennaio 1978, Dalloz, 1979, I. R., 512; 6 dicembre 1977, Bull. civ., 1977, III, n. 428; 6 novembre 1976, Rev. trim. droit. civil, 1977, 361; contra Trib. gr. ist. Cannes 3 dicembre 1992, Dalloz, 1993, Somm., 188, con osservazioni critiche di T. Hassler.

In dottrina V. P. Rousse, *Feu l'urgence dans le référé-provision*, Gaz. Pal., 1977, II, Doctr., 563.

³⁴³E' stato osservato come il problema effettivo che si pone al giudice in questi casi, è quello di stabilire quando le circostanze superino <<la soglia di evidenza>> (seuil d'evidence) necessaria e sufficiente alla concessione della provvisionale o dell'ingiunzione: J. Normand, *Osservazioni*, Rev. trim. droit civil, 1974, 654 e 849.

In ogni caso la giurisprudenza non ritiene incompatibile il concetto di evidenza con la necessità di assumere misure d'istruzione: Cass. civ. 30 giugno 1993, Rev. trim. droit civil, 1994, oss. R. Perrot.

20.1 IL REFERE-PROVISION ED IL REFERE-INJONCTION NELL'APPLICAZIONE PRATICA

Nel corso degli anni la pratica francese non ha cessato di ricorrere sempre più frequentemente al référé-provision, facendo guadagnare a questa procedura uno spazio che, con ogni probabilità, risulta oggi più ampio di quello che nell'intenzione originaria del legislatore, era riservato all'istituto.

In primo luogo la giurisprudenza ha sgomberato il campo da quell'orientamento interpretativo affacciatosi in alcune delle prime pronunce emesse in materia -per il quale l'importo della provvisionale altro non poteva, per definizione, che riferirsi ad una frazione dell'intero credito³⁴⁴- chiarendo che <<l'ammontare della provvisionale non ha altro limite che la somma non contestata del debito allegato>>³⁴⁵ e che , entro questa cifra <<il giudice dei référé fissa discrezionalmente (...) la somma che conviene concedere al richiedente>>³⁴⁶.

Siffatta interpretazione è di indubbia utilità pratica poichè consente di risolvere molta parte di questo contenzioso allo stadio dei référé, togliendo interesse all'eventuale prosecuzione del giudizio: all'istante, completamente soddisfatto, è infatti risparmiato l'onere di dover adire il giudice di merito per vedersi riconoscere la frazione residua del suo credito, spesso costituita da somme di scarsa entità, mentre il debitore è scoraggiato a proporre appello o ad instaurare il

³⁴⁴Cour appel Versailles 9 ottobre 1978, Gaz. Pal., 1979, I, Somm., 268.

³⁴⁵Com. 12 febbraio 1991, Gaz. Pal., 1991, II, Panor., 284; 20 gennaio 1981, Rev. trim. droit civil, 1981, 679, oss. di J. Normand; Soc. 10 novembre 1981, Bull. civ., V, n. 885.

³⁴⁶Cass. civ. 10 marzo 1993, J.C.P., 1993, IV, 1235; conf. 27 novembre 1985, Bull. civ., 1985, I, n. 326; Com. 17 febbraio 1987, id., IV, n. 45.

processo ordinario non conseguendo nessun tipo di vantaggio dilatorio, data la provvisoria esecutorietà dell'ordinanza di pagamento.

Accanto a questo effetto "dissuasivo" che si risolve nella realizzazione di significative economie processuali, la dottrina francese non ha mancato tuttavia di rilevare un ulteriore effetto "perverso" di questa pratica ermeneutica che corre il rischio di sbilanciare eccessivamente la situazione in favore del creditore assegnandogli in via provvisoria la totalità del credito vantato sulla base di una semplice apparenza circa la sua fondatezza ³⁴⁷.

L'analisi della giurisprudenza dimostra come l'ambito di applicazione preferenziale del *référé-provision*, sia rappresentato dalla materia della responsabilità civile -ed in particolare da quella derivante dai sinistri stradali ³⁴⁸- dove la provvisoria costituisce un'anticipazione delle somme dovute a titolo di risarcimento ma la natura della provvisoria è tale da consentirne una vastissima utilizzazione.

Senza dubbio la concessione di una provvisoria non è concepibile che nei casi in cui l'obbligazione abbia per oggetto il pagamento di una somma di denaro: entro questo limite il *référé* può essere esperito indipendentemente dall'origine legale, contrattuale, illecita, civile o commerciale (naturalmente nel rispetto della competenza del giudice adito), dell'obbligazione stessa.

Il giudice dei *référé* è intervenuto, ad esempio, in materia di famiglia, per imporre al marito inadempiente di contribuire alle spese ordinandogli di pagare alla

³⁴⁷In tal senso R. Perrot, *Les mesures provisoires en droit français*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*. Atti del Colloquio Internazionale. Milano, 12-13 ottobre, 1984, Milano, 1985, 169, a cui appartengono le espressioni virgolettate.

³⁴⁸Cour appel Paris 21 settembre 1988, *Dalloz*, 1988, I.R., 255; Trib. gr. ist. Paris 17 dicembre 1986, *Gaz. Pal.*, 1987, I, 239.

moglie, a titolo di provvisionale, gli oneri relativi all'abitazione coniugale di proprietà comune ³⁴⁹, ovvero in materia contrattuale, per concedere una provvisionale sull'importo della clausola penale nonostante che il potere di modificare l'ammontare della stessa, rientri pacificamente nella competenza del giudice di merito ³⁵⁰, od ancora in materia alimentare, per disporre un'anticipazione dei diritti ereditari in ragione delle precarie condizioni economiche e di salute dei chiamati ³⁵¹.

L'esperimento del référé è stata sancita anche per le obbligazioni di origine processuale, rispetto alle quali la giurisprudenza ha affermato il potere del giudice di ordinare una provvisionale, così detta, *ad litem*, per permettere, ad esempio, alla parte che lamenta l'esistenza di diritti di fabbricazione su di un bene, di avvalersi di un consulente di parte ³⁵², ovvero di concedere una provvisionale sulle spese di causa ³⁵³ o sulle indennità dovute a titolo di responsabilità processuale ³⁵⁴.

All'ampia utilizzazione del référé-provisione attuata dalla pratica, non fa riscontro un'altrettanto vasta applicazione del référé-injonction.

Quest'ultimo fu previsto dal legislatore sulla spinta delle associazioni di consumatori, le quali miravano ad una procedura celere e poco onerosa che potesse essere utilizzata per ottenere la consegna o la restituzione di un determinato

³⁴⁹Trib. gr. ist. Nanterre 11 aprile 1975, Gaz. Pal., 1975, II, Somm. 244.

³⁵⁰Cass. civ. 10 luglio 1978, J.C.P., 1978, II, 19355; Com. 1 marzo 1983, Rev. trim. droit civil, 1983, 551; Cass. 29 giugno 1983, Gaz. Pal., 1984, I, Panor., 12, oss. di S. Guinchard.

³⁵¹Trib. gr. ist. Pontoise 25 giugno 1975, J.C.P., 1975, IV, 6559.

³⁵²Cour appel Paris 26 maggio 1986, Rev. trim. droit civil, 1986, 628, oss. di J. Normand; conf. 19 novembre 1984, id., 1985, 608, oss. di J. Normand; Trib. gr. ist. Paris 11 gennaio 1984, id., 1985, 553, oss. di J. Normand.

³⁵³Trib. gr. ist. Paris 19 novembre 1984, Rev. trim. droit civil, 1984, 436, oss. di J. Normand.

³⁵⁴Cour appel Aix en Provence 30 gennaio 1985, Rev. trim. droit civil, 1985, 608, oss. di J. Normand.

bene o la fornitura di un servizio³⁵⁵.

L'esperienza ha largamente disatteso queste aspettative mostrando uno scarsissimo interesse dell'istituto in rapporto alle liti dei consumatori. A dispetto della ragioni alla base della sua origine, le scarse pronunce cui il référé-injonction ha dato luogo, riguardano principalmente altre materie come, ad esempio, l'ordine di esecuzione dei contratti in corso nell'ambito di una procedura concorsuale³⁵⁶, o l'esercizio del permesso di visita al minore da parte dei nonni³⁵⁷.

Le ragioni di questo insuccesso risiedono principalmente nel concorso del référé-injonction sia con il référé classico di cui all'art. 808, N.c.p.c., che con l'ingiunzione di fare, introdotta dal decreto del 4 marzo 1988, n. 88-209³⁵⁸.

³⁵⁵D. Le Ninivin, Sur le décret du 17 décembre 1985 modifiant certaines dispositions du Nouveau Code de procédure civile, J.C.P., 1986, I, Chron., 3226.

³⁵⁶Cour appel Nimes 6 novembre 1986, Gaz. Pal., 1987, I, 65; in senso contrario si è tuttavia espressa la Camera commerciale della Cour de Cassation con sentenza dell'8 dicembre 1987, Bull. Civ., 1987, IV, n. 267.

³⁵⁷Trib. gr. ist. Ma[^]con 26 marzo 1974, Rev. trim. droit civil, 1974, 658, oss. di J. Normand.

³⁵⁸In tal senso J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, cit., 210.

P. Estoup, Le décret du 4 mars 1988, étape décisive dans le droit de la consommation, Gaz. Pal., 1988, I, Doctr., 280.

CAPITOLO VI

CENNI SU LA REQUETE

21. GENERALITA'

Benchè una ricostruzione sistematica delle procedure di requête sia resa piuttosto difficoltosa dalla varietà delle tipologie in cui questo istituto si presenta nelle molte disposizioni che lo prevedono, il Nouveau Code de procédure civile ha dettato negli articoli da 493 a 498, una disciplina comune a tutte le giurisdizioni la quale, pur trovando sovente deroga nelle disposizioni particolari disseminate nei vari codici e nelle leggi speciali, conferisce nondimeno all'istituto una certa unitarietà, individuando una <<requête di diritto comune>>³⁵⁹.

Tali norme trovano il loro necessario completamento nelle disposizioni specifiche riguardanti ciascuna giurisdizione che, come avviene per i référé, attribuiscono poteri analoghi al giudice designato nei limiti della sua competenza d'attribuzione. Così gli articoli 812, 851, 874 e 897, N.c.p.c., regolano la requête rispettivamente in seno alla giurisdizione del tribunal de grande instance, del tribunal d'instance, del tribunal de commerce e del tribunal des baux ruraux: di fronte alla cour d'appel l'esperibilità della stessa è regolata dall'art. 958 del medesimo codice subordinatamente alla pendenza di un giudizio d'appello, mentre l'istituto non riceve una disciplina specifica nell'ambito del conseil de prud'hommes rientrando, pertanto, nella competenza del tribunal de grande instance quale giurisdizione di

³⁵⁹Estoup, La pratique des procédures rapides, cit., 195.

La dottrina francese ha molto discusso sulla natura giuridica della requête e, segnatamente, sul carattere contenzioso o *gracieuse* delle ordinanze. La questione -che precedentemente al Nouveau Code de procédure civile aveva una certa rilevanza pratica poichè dall'adozione dell'una o dell'altra posizione discendeva un diverso regime procedurale di tali misure- ha oggi perso di importanza poichè la normativa codicistica detta una regolamentazione specificamente dell'istituto risolvendo le problematiche postesi nel regime previgente.

Su tali teorie V. Ch. César-Bru, P. Hébraud, J. Seignolle, La juridiction du premier president. Des ordonnances sur requête, Paris, 1952, Vol. II, 23 ss.; Vincent, Guinchard, Procédure civile, cit., 150 ss..

diritto comune.

Le origini storiche di questa procedura sono oscure poichè nè la dottrina nè i redattori della codificazione dedicarono molte attenzioni all'istituto, ben conosciuto dall'ordinamento ma privo di omogeneità per le numerose e sparse previsioni che lo riguardavano ³⁶⁰.

L'unico testo in cui la requête era prevista con una certa ampiezza, era l'art. 54 del decreto del 30 marzo 1808 che conferiva al presidente del tribunale civile il potere di ordinare attraverso questa procedura tradizionalmente non contraddittoria, le misure necessarie alla conservazione di beni mobili o di merci o alla rivendica degli stessi, ovvero <<altre misure urgenti>> ³⁶¹.

La dottrina e la giurisprudenza videro in quella disposizione la consacrazione di un potere giudiziale di intervento tale da trascendere i casi espressamente precisati dal legislatore per estendersi a tutte le situazioni d'urgenza ³⁶².

Questa impostazione ermeneutica è oggi sancita a livello normativo dall'art. 812, primo e secondo comma, N.c.p.c., -nonchè dalle norme analoghe dettate per ciascuna giurisdizione- il quale dispone che: <<Il presidente del tribunale [de grande instance] è adito in requête nei casi specificati dalla legge./Egli può egualmente ordinare in requête tutte le misure urgenti quando le circostanze

³⁶⁰César-Bru, Hébraud, Seignolle, cit., 9.

³⁶¹L'art. 54 del decreto del 30 marzo 1808 disponeva:<<*Toutes requêtes à fin d'arrêt ou de revendication des meubles ou des marchandises ou autres mesures d'urgence seront portées au président du tribunal qui les répondra par son ordonnance.*>>

³⁶²E. Glasson, A. Tissier, *Traité de procédure civile*, Paris, 1926, Vol. II, 11.

Tale posizione ermeneutica si sviluppò relativamente alla pratica per la constatazione d'adulterio che condusse la dottrina e la giurisprudenza a precisare a quali condizioni il presidente del tribunale poteva statuire in requête al di là dei casi espressamente precisati a livello legislativo; sul punto M. R. Vouin, *Constats d'adultère*, Dalloz, 1949, Chron., 77; M. M. Laurens et J. Seignolle, *Le constat d'adultère pratiqué la nuit par un huissier en vertu d'une ordonnance sur requête est-il valable?*, J.C.P., 1947, I, 668.

esigono che le stesse non siano prese contraddittoriamente.>> ³⁶³.

Il primo comma si riferisce all'insieme dei testi particolari di legge che prevedono e regolano la requête in materie specifiche, sottoponendola talvolta ad un regime procedurale originale rispetto a quello disciplinato dagli articoli da 493 a 498, N.c.p.c..

Il secondo comma della norma disciplina invece l'ipotesi generale di applicazione dell'istituto, subordinando la sua esperibilità alla condizione d'urgenza che, data l'assenza di contraddittorio che distingue questo procedimento, era già stata indicata dalla dottrina tradizionale come fonte di un bisogno di tutela ancor più imperioso di quello alla base della procedura di référé ³⁶⁴.

21.1 LA REQUETE DI DIRITTO COMUNE

Le procedure di requête e di référé costituiscono due istituti distinti ed autonomi a cui il legislatore francese ha tuttavia conferito caratteristiche analoghe, ponendo i rispettivi procedimenti in rapporto di complementarietà.

Sotto il primo profilo l'ordinanza di requête di diritto comune presenta le medesime peculiarità dell'ordinanza di référé, essendo anch'essa un provvedimento di natura provvisoria (art. 493, N.c.p.c.) non suscettibile, pertanto, di assumere l'autorità di cosa giudicata, immediatamente esecutivo (art. 495, N.c.p.c.), revocabile e modificabile (art. 497, N.c.p.c.).

³⁶³Il testo francese dell'art. 812, primo e secondo comma, N.c.p.c., testualmente dispone:<<Le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi./ Il peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement.>>

³⁶⁴Ph. Bertin, Traité des ordonnances sur requêtes et référés, 2° Ed., Vol. I, n. 32.

Anche dal punto di vista della competenza v'è una coincidenza di fondo tra i due istituti per i quali sono stati adottati i medesimi principi: il magistrato investito dei poteri di requête è dunque il presidente della giurisdizione competente per il merito o, nel caso del tribunal d'instance, il giudice dirigente; come in materia di référé anche in questi casi vige inoltre la competenza territoriale alternativa del giudice del luogo in cui la misura deve essere eseguita ³⁶⁵.

Alcune peculiarità si rinvencono tuttavia nel caso in cui la requête sia richiesta quando è già pendente il giudizio di merito: in questa ipotesi l'art. 812, ultimo comma, N.c.p.c., conferisce la competenza al presidente della camera del *tribunal de grande instance* a cui la controversia è stata assegnata ovvero al giudice già adito. La dottrina e la giurisprudenza sono peraltro pressochè concordi nell'escludere, in questa ipotesi, la competenza del giudice della *mise en état* (o del consigliere istruttore in caso d'appello), poichè l'art. 774, N.c.p.c., che impone a questo magistrato di sentire gli avvocati delle parti prima di emettere qualunque provvedimento, è incompatibile con la natura non contraddittoria dell'ordinanza di requête ³⁶⁶.

Le analogie esistenti tra la requête ed il référé consentono dunque, di considerare la prima come la variante procedurale del secondo per i provvedimenti da assumere e sempre subordinatamente alla condizione d'urgenza ³⁶⁷.

³⁶⁵Cass. civ. 18 novembre 1992, Rev. trim. droit civil, 1993, 648, oss. R. Perrot. Estoup, La pratique des procédures rapides, cit., 207; Y. Desdevises, voce Ordonnances sur requête, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., 1984, Vol. III, nn. 4 ss..

³⁶⁶Ph. Gerbay, Réflexions sur la juridiction du premier président de la cour d'appel, Dalloz, 1980, Chron., 65; Ph. Bertin, Les ordonnances sur requête et leurs nouveaux signataires, Gaz. Pal., 1979, I, Doctr., 294.

Cass. civ. 20 febbraio 1980, Rev. trim. droit civil, 1980, 816, oss. R. Perrot; 17 novembre 1981, Bull. civ., 1981, III, n. 191.

³⁶⁷Vincent e Guinhard, Procédure civile, cit., 214, in punto di rapporti tra la requête ed il référé, si esprimono sottolineando come l'unica differenza di rilievo tra i due procedimenti sia costituita

Il rapporto di complementarità tra i due istituti non si manifesta peraltro, esclusivamente nel regime comune previsto per le rispettive ordinanze ma, come abbiamo già avuto modo di rilevare (*supra*, par. 14), anche nell'originale meccanismo di impugnazione previsto per il provvedimento di requête al quale è connesso il recupero della garanzia del contraddittorio.

L'art. 496, N.c.p.c., regola in modo diverso i mezzi di gravame esperibili contro questa ordinanza distinguendo a seconda che la stessa neghi o conceda la misura richiesta.

Nel primo caso, l'istante potrà proporre appello entro quindici giorni dalla data del provvedimento ³⁶⁸ ed il relativo procedimento sarà proposto, istruito e giudicato come in materia *gracieuse* (art. 496, primo comma, N.c.p.c.).

Nell'ipotesi che l'ordinanza accolga le richieste della parte attrice, tutti coloro che ne hanno interesse ³⁶⁹ potranno, invece, ottenere la revoca o la modifica della

dall'assenza di contraddittorio del primo rispetto al secondo mentre, al di là di questo aspetto, può addirittura ritenersi indifferente per il ricorrente adire l'una o l'altra di queste vie: <<*On peut penser qu'il est parfois indifférent pour le plaideur d'emprunter l'une ou l'autre de ces voies. Il est toutefois important de ses souvenir que la requête est introduite d'une manière unilatérale sans prévenir l'adversaire, tandis que la procédure de référé est contradictoire.*>>

La giurisprudenza precisa tuttavia come sul giudice adito in requête gravi l'onere di valutare la ricorrenza dell'effettiva necessità di procedere in assenza di contraddittorio: Cass. civ. 13 maggio 1987, Rev. trim. droit civil, 1988, 181, oss. R. Perrot.

³⁶⁸In assenza di esecuzione e di notifica dell'ordinanza di requête, la giurisprudenza afferma che il termine per proporre appello decorre dalla data stessa della pronuncia: Cass. civ. 16 maggio 1990, Rev. trim. droit civil, 1991, 172, oss. R. Perrot; nello stesso senso ma subordinatamente alla circostanza che la pronuncia sia rimessa alla parte istante il giorno stesso della sua decisione: Cass. civ. 16 luglio 1992, Rev. trim. droit civil, 1993, 194, oss. R. Perrot.

In dottrina alcuni Autori ritengono invece che l'ordinanza negativa di requête debba essere notificata alla parte contro la quale era richiesta la misura, con le modalità previste dal secondo comma dell'art. 675, N.c.p.c., e, pertanto, che il termine per proporre l'appello decorra dalla data di tale notifica: Y. Desdevises, cit., n. 45; B. Appert, Délais de procédure, Dalloz, 1976, Chron., 17; R. Martin, L'appel des ordonnances sur requête, J.C.P., 1977, I, 2837.

³⁶⁹La scelta di estendere la possibilità di impugnare l'ordinanza a <<*tout intéressé*>>, costituisce la recezione a livello legislativo di una antica giurisprudenza che riconosceva la legittimazione a proporre tale ricorso anche ai terzi che si assumevano lesi dal provvedimento: Cass. civ. 3 aprile 1895, Dalloz, 1896, I, 5; per gli sviluppi recenti di tale giurisprudenza T.G.I. Cherbourg 11 ottobre 1973, Rev. trim. droit civil, 1974, 674, oss. R. Perrot.

Ai terzi resta comunque aperta la via dell'opposizione di terzo disciplinata dall'art. 583, N.c.p.c..

stessa, ricorrendo in via di référé difronte allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento anche qualora fosse già stato instaurato il procedimento di merito ³⁷⁰ (art. 497, N.c.p.c.).

Questo référé ,data la sua funzione di mezzo di gravame, è svincolato dalle condizioni previste dagli articoli 808 e 809, N.c.p.c.,³⁷¹ e, segantamente, dal requisito dell'urgenza e dell'assenza di contestazioni serie ³⁷² mentre continua a permanere il divieto tradizionalmente gravante sul magistrato investito di siffatti procedimenti, di non pregiudicare il merito della lite ³⁷³.

³⁷⁰Cass. civ. 26 novembre 1990, Bull. civ., 1990, II, n. 247; 23 gennaio 1975, Rev. trim. droit civil, 1975, 382, oss. R. Perrot.

Sulla competenza esclusiva di questo giudice: Y. Desdevises, cit., n. 56; Ph. Bertin, Les ordonnances sur requête et leurs nouveaux signataires, cit., 294.

³⁷¹T.G.I. Saint-Pierre-et-Miquelon 26 ottobre 1990, Gaz. Pal., 1991, Somm. 420; T.G.I. Besançon 18 maggio 1977, id., Somm. 343.

³⁷²Sulla non necessarietà del requisito d'urgenza: Cass. civ. 3 gennaio 1979, Dalloz, 1979, I.R., 291; sulla non necessarietà dell'assenza di contestazioni serie: Cass. civ. 1 giugno 1988, Gaz. Pal., 1989, I, Somm., 167; Com. 15 febbraio 1983, Bull. civ., 1983, IV, n. 65.

³⁷³Estoup, op. ult. cit., 218.

CAPITOLO VII

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

22. LA STRUTTURA GIURISDIZIONALE DEI PROCEDIMENTI IN REFERÉ

L'analisi svolta nei capitoli precedenti in ordine alla regolamentazione normativa della materia dei *référé* ed all'applicazione pratica che la stessa riceve, ci consente di compiere alcune considerazioni di ordine sistematico circa la struttura dell'istituto.

L'osservazione preliminare da cui muovere è costituita dal carattere di procedura *atipica*, con cui autorevole dottrina ha qualificato l'istituto³⁷⁴, cogliendo con tale espressione l'estrema duttilità del procedimento e la sua capacità di essere invocato a tutela di una serie indefinita di fattispecie grazie alla formulazione "aperta" delle disposizioni che lo regolano, le quali individuano i presupposti di esperibilità della misura -urgenza, danno imminente, turbativa manifestamente illecita- ma non tipizzano nè la situazione sostanziale a tutela della quale l'istituto è invocabile, nè il contenuto dei provvedimenti adottabili, demandando al potere discrezionale del giudice, il compito di individuare la misura più idonea, di volta in volta, a tutelare le pretese della parte attrice³⁷⁵.

³⁷⁴ A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 659.

³⁷⁵ Il senso di questa atipicità si coglie con chiarezza contrapponendo il *référé* alla struttura, ad esempio, delle nostre misure cautelari ove alla individuazione del *periculum* alla base della misura e del tipo di provvedimento, si accompagna anche l'indicazione della situazione sostanziale tutelata: così il sequestro conservativo è teso a scongiurare il <<fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito>> (art. 671, C.p.c.); il sequestro giudiziario può essere disposto <<quando è controversa la proprietà o il possesso>> di beni mobili, immobili o altre universalità di beni <<ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea>> (art. 670, C.p.c.); l'azione di nuova opera può essere esperita da <<Il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore, il quale ha ragione di temere che da una nuova opera (...) sia per derivare danno alla cosa che forma l'oggetto del suo diritto o del suo possesso (...)>> (art. 1171, C.c.) etc..

La struttura aperta del *référé* è, al contrario, equiparabile al nostro art. 700, C.p.c., il quale, pur avendo una funzione residuale e di norma di chiusura del sistema delle misure cautelari, rimette al giudice la determinazione della misura idonea a scongiurare il *periculum* che assurga agli estremi

Da questo carattere discende quale conseguenza diretta -comprovata dall'applicazione giurisprudenziale dell'istituto- la possibilità di invocare il référé a tutela di tutte le posizioni sostanziali di vantaggio nonché quella di ottenere un provvedimento suscettibile di assumere indifferentemente un contenuto conservativo od anticipatorio -a seconda che allo stesso sia affidata la funzione di mantenere inalterata la situazione di fatto o giuridica cui inerisce la controversia, ovvero quella di attribuire utilità che, di per sè, sarebbero realizzabili in seguito alla pronuncia di merito- in ragione delle differenti esigenze scaturenti dalla situazione sostanziale che si intende tutelare.

La struttura atipica del provvedimento di référé -la cui unica eccezione è rappresentata dal référé-provision e dal référé-injonction di cui al secondo comma dell'art. 809, N.c.p.c., nei quali la previsione legislativa, oltre a richiedere il ricorrere di un'obbligazione non seriamente contestabile, si estende all'indicazione del provvedimento, costituito, per l'appunto, dalla provvisoria e dall'ordine di esecuzione di un'obbligazione anche di fare- costituisce dunque un particolare "accesso" al processo, attraverso il quale le posizioni individuali di vantaggio

della imminenza ed irreparabilità.

Tra l'amplissima bibliografia esistente in materia si ricorda quale dottrina tradizionale: Pisanelli, Scialoja, Mancini, Commentario al Codice di procedura civile, Napoli, 1879, Vol. VII, 960; A. Diana, Le misure conservative interinali, in Studi Senesi, XXVI (1909), Vol. II, 210; L. Mortara, Procedura civile, Torino, 1915, Vol. I, 509; P. Calamandrei, Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari, Padova, 1936, oggi in Opere giuridiche, 1983, Vol. IX, 163; E. Allorio, Per una nozione del processo cautelare, Riv. dir. proc. civ., 1936, I, 18; F. Lancellotti, Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare, id., 1939, I, 232; F. Carnelutti, Diritto e processo, Napoli, 1958, 353; V. Andrioli, Commento al Codice di procedura civile, Napoli, 1964, Vol. IV, 246; C. Calvosa, La tutela cautelare, Torino, 1963; M. Dini, E. A. Dini, I provvedimenti d'urgenza, Milano, 1981; F. Tommaseo, I provvedimenti d'urgenza, Padova, 1983.

Per le innovazioni intervenute in materia cautelare a seguito della L.353/90: A. Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, cit., 643 ss.; Il nuovo processo cautelare, a cura di G. Tarzia, Padova, 1993; C. Consolo, P. Luiso, B. Sassani, La riforma del processo civile, Milano, 1991, 423; G. Verde, L.F. Di Nanni, Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, Torino, 1991, 239; A. Attardi, Le nuove disposizioni sul processo civile, Milano, 1991, 229; E. A. Dini, G. Mammone, I provvedimenti d'urgenza, Milano, 1993.

possono, potenzialmente, trovare tutela indipendentemente dalla loro qualificazione quali diritti soggettivi ³⁷⁶.

E' stato osservato come nei sistemi appartenenti alla famiglia romano-germanica che hanno conosciuto il fenomeno della codificazione, il rapporto tra diritto e processo sia espresso dal brocardo <<*ubi jus ibi remedium*>>, il quale indica come l'enunciazione dei diritti del singolo abbia finito -a dispetto della tradizione romanistica del processo formulare- per precedere in senso logico e concettuale, quello dei rimedi di tutela ³⁷⁷.

In questi sistemi la tutela è pertanto considerata un <<mero effetto riflesso del principio che riconosce il diritto di proprietà (o diritti consimili) o la forza obbligatoria dei contratti (...)>> ³⁷⁸.

In quest'ottica il procedimento di *référé*, si pone in rottura con questa impostazione consentendo l'adozione di veri e propri rimedi giudiziali, autonomi rispetto alla qualificazione quale diritto della posizione sostanziale tutelata.

Questa peculiarità era già stata intuita da quegli Autori che in più occasioni hanno avvicinato la tutela offerta in via di *référé* ed il ruolo di questo giudice, al giudice del possessorio, ove la tutela ha per oggetto *situazioni di fatto* che devono essere ripristinate indipendentemente dalle ragioni di diritto che possono o meno,

³⁷⁶E' noto come la categoria del diritto soggettivo costituisca una peculiarità propria dei sistemi di Civil law mentre in quelli di Common law, successivamente all'abolizione delle *forms of action* avvenuta nel secolo XIX, è stato adottato il sistema dei remedies, quale concreta risposta ai *torts* subiti.

G. Gorla, Appunti sul contratto obbligatorio nel c.d. diritto continentale e nella common law (un po' di storia e di casistica), Riv. trim. dir. proc. civ., 1953, 989; Lawson, Remedies of English law, London, 1980; A. Di Majo, Voce Tutela (dir. privato), Enc. del diritto, Vol. XLV, 368.

³⁷⁷A. Di Majo, La tutela civile dei diritti, Milano, 1987, 59, il quale evidenzia le differenze intercorrenti con il sistema inglese ove il diritto sostanziale e la configurazione astratta delle pretese dallo stesso scaturenti <<è il risultato, non la premessa, dei rimedi di tutela tipici e/o atipici, che il sistema somministra e che amplia o restringe>>; id. dello stesso Autore, La tutela civile dei diritti, Milano, 1993, 63.

³⁷⁸Di Majo, La tutela civile dei diritti, cit., 1987, 59.

sostenere l'autore dello spoglio o della turbativa ³⁷⁹.

Questa apertura sul fatto e l'autonomia del rimedio processuale rispetto alla qualificazione della posizione sostanziale tutelata che ne consegue, emerge ulteriormente dal ruolo che l'*evidenza* ha assunto in questi procedimenti nel corso dell'evoluzione legislativa di cui gli stessi sono stati oggetto.

Abbiamo visto ³⁸⁰ come la <<teoria dell'apparenza>> si fondi sulle relazioni intercorrenti tra fatto e diritto consentendo la possibilità di privilegiare la situazione di fatto a scapito della logica giuridica derivante dalla normativa in vigore, fino ad assumere quale fonte diretta di diritti soggettivi, l'eventuale stato di cose affermatosi *contra legem* ³⁸¹.

Basti riflettere su queste osservazioni per rendersi conto di come attraverso il concetto di *apparenza*, unitamente alla atipicità, nel senso sopra precisato, della struttura del *référé*, questo istituto costituisca lo strumento che consente di sussumere nella sfera degli interessi tutelabili, situazioni giuridicamente rilevanti prima ancora del loro riconoscimento istituzionale come veri e propri diritti, conferendo all'ordinamento francese un'elevata capacità di adattamento ai bisogni emergenti di protezione.

Questa potenzialità, espressione del principio di effettività della tutela, è

³⁷⁹Perrot, L'évolution du *référé*, cit., 651, a proposito dell'ipotesi del *trouble manifestement illicite* di cui all'art. 809, primo comma, N.c.p.c., osserva: <<Mais on n'a peut-être pas suffisamment observé à quel point cette disposition s'inspire d'une philosophie en bien des points similaire à celle des actions possessoires: *spoliatus ante omnia restituendus*. L'auteur du trouble a peut-être raison sur le fond (...); mais s'il a bravé la loi au moyen d'une voie de fait, en ne respectant les conditions prescrites par le Code du travail, il appartient au juge des *référés* de prescrire une mesure de <<remise en état>>. En dernière analyse, le juge des *référés* est appelé à jouer un rôle quelque peu comparable à celui du juge du possesseur>>; conformemente Glasson e Tissier, *Traité de procédure civile*, cit., 34, nell'indicare i limiti in cui si sostanzia il divieto di *prejudice au principal*, comparano l'impossibilità, dallo stesso derivante, di statuire provvisoriamente in base a motivi di merito, alla regola che s'impone al giudice del possessorio.

³⁸⁰*Supra* § 4.

³⁸¹Ghestin, Gobeaux, cit., *supra* nota n. 107.

testimoniata dalle stesse linee di sviluppo seguite dell'istituto e, segnatamente, dalla sua origine giurisprudenziale, ancor più singolare per un Paese appartenente alla famiglia romano-germanica che annovera tra le fonti del diritto il primato della legge ³⁸², ma anche dai continui impulsi evolutivi che il référé ha ricevuto dalla prassi.

Abbiamo precedentemente ricordato come lo stesso Perrot avesse sottolineato che in materia di référé, l'opera della giurisprudenza ha spesso preceduto l'opera del legislatore ³⁸³. In questo senso uno degli esempi più significativi è rappresentato da quanto verificatosi nel settore delle garanzie della persona.

I limiti imposti alla presente trattazione, hanno impedito di affrontare il processo di formazione della legge del 17 luglio 1970, n. 70-643, che apportò significative modifiche al secondo comma dell'art. 9 del Code Civil, prevedendo espressamente il potere di adire il giudice in via di référé, a tutela della vita privata ³⁸⁴.

In questo delicato settore, antecedentemente alla legge del 1970, la formulazione a maglie larghe dell'art. 806 del Code de procédure civile allora in vigore, permise alla giurisprudenza di dare una protezione giurisdizionale ad una serie di situazioni rientranti nella sfera privata ed altrimenti non tutelabili ³⁸⁵.

³⁸²J.F. Burgelin, J.M. Coulon, M.A. Frison-Roche, Le juge des référés au regard des principes procéduraux, Dalloz, 1995, Chron., 67.

³⁸³*Supra* § 3.

³⁸⁴L'art. 9 del Code Civil dispone: <<Chacun a droit au respect de sa vie privée./ Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher au faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privé; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé>>.

³⁸⁵Si ricorda a titolo esemplificativo, come la giurisprudenza avesse sancito la possibilità di interdire l'utilizzazione dell'immagine, in particolare, per fini pubblicitari (Trib. gr. ist. Paris 4 aprile 1970, J.C.P., 1970, II, 16328); che il licenziamento non potesse essere fondato su motivi attinenti alla vita privata del dipendente (Cass. soc. 5 aprile 1965, Bull. civ., 1965, IV, 241, n. 294; V. tuttavia Cass. soc. 19 luglio 1965, Dalloz, 764); che costituisse un attentato illecito alla vita privata di una persona la divulgazione di notizie relative alla sua salute (Cass. 12 luglio 1966, Dalloz, 1967, 181).

Ciò indusse la stessa Cour de Cassation, per ovviare alle incertezze ed alle obiezioni cui, quella che è stata definita una vera e propria *création prétorienne*, aveva sollevato, a richiedere nel *Rapport* per l'anno giudiziario 1968-1969, un intervento legislativo in materia ³⁸⁶ che sfociò nella modifica dell'articolo 9 del Code Civil.

Queste caratteristiche strutturali dell'istituto, ci consentono di porre in evidenza come il *référé* sia preordinato alla migliore tutela delle posizioni sostanziali di vantaggio in generale e dei diritti soggettivi in particolare, in stretto collegamento con il principio di effettività della tutela oltre che del principio di economicità dei giudizi, dal quale discende, nel quadro di una differenziazione dei mezzi giurisdizionali di protezione, l'esigenza di porre a disposizione delle parti procedure più semplici e rapide quando la natura o le caratteristiche intrinseche della lite, siano tali da non richiedere la cognizione piena ed i formalismi alla stessa connessi.

Tale preordinazione, convive con una spiccata accentuazione del carattere pubblicistico dell'istituto che, tuttavia, non appare tale da trascendere la natura

³⁸⁶Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa realizzatasi in Francia in materia di garanzie della persona: M. Bessone, *Segreto della vita privata e garanzie della persona: Materiali per lo studio dell'esperienza francese*, in *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia*, a cura di M. Bessone e G. Giacobbe, Padova, 1988, 207, cui appartiene l'espressione riportata in corsivo.

Per certi aspetti, analoga evoluzione si è verificata in Italia in virtù dell'art. 700, C.p.c., che ha consentito alla giurisprudenza di intervenire a tutela della persona quando in dottrina ancora si dibatteva sulla configurabilità quali diritti soggettivi di situazioni sostanziali afferenti a tale sfera.

Può ricordarsi come, ad esempio, la configurazione dell'identità personale quale diritto soggettivo si sia inizialmente manifestata nella giurisprudenza come situazione in concorrenza con il diritto all'azione (così Trib. Roma 10 marzo 1982, Foro it., 1982, I, 1405 e Trib. Roma 13 febbraio 1982, ibidem, II, 256), per poi assumere una sua configurazione autonoma (Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, Foro it., 1985, I, 2211).

Sul punto G. Alpa, M. Bessone, Boneschi, *Il diritto all'identità personale*. Atti del Convegno di Genova 21-22 marzo 1980, Padova, 1980; A. De vita, Art. 10, *Commentario del Codice civile*, Scialoja-Branca. *Persone e famiglia Art. 1-10*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, U. Breccia, Bologna-Roma, 1988, 505.

della potestà di cui è espressione la stessa funzione giurisdizionale, per accedere ad una differente natura, segnatamente di tipo amministrativo, come autorevole dottrina aveva prospettato rinvenendo nel *référé* una manifestazione di *imperium* più che di *jurisdictio* ³⁸⁷.

Cerchiamo di riassumere le ragioni che ci inducono a siffatta conclusione.

La connotazione pubblicistica dell'istituto emerge in primo luogo, dalla stessa struttura normativa delle disposizioni dettate in materia, le quali modellano il *référé* come potere del giudice.

Ed invero l'art. 808, N.c.p.c., dispone che <<*le président... peut ordonner en référé...*>>, come pure l'art. 809 dello stesso codice prevede che <<*le président peut toujours... prescrire en référé...*>>, ed ancora, analogamente, come dettano le norme corrispondenti relative a ciascuna giurisdizione.

Tale formulazione rende palese la diversità di impostazione intercorrente, ad esempio, con l'art. 700 del nostro Codice di procedura civile il quale, disponendo che <<...chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza...>>, risulta invece <<modellato in contemplazione delle esigenze di tutela della parte, come è dimostrato dal collegamento, reso evidente dalla struttura stessa dell'istituto, fra la titolarità del potere di chiedere la misura urgente in sede cautelare e il potere di proporre l'azione in via ordinaria>> ³⁸⁸.

³⁸⁷César-Bru, Hébraud, Seignolle, *La juridiction du président du tribunal*, cit., 125; Vincent, *Procédure civile*, Paris, 1978, 95; H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Paris, 1961, Vol. I, 445.

³⁸⁸Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 81.

Il differente tenore letterale con cui il legislatore francese ha tratteggiato il référé, ove il giudice appare come il destinatario delle disposizioni in luogo delle parti, non è tuttavia espressione del perseguimento di un interesse diverso dalla tutela degli interessi sostanziali di quest'ultime poichè siffatta connotazione normativa, che si riflette negli ampi poteri di cui l'organo giurisdizionale effettivamente dispone, altro non è se non la necessaria derivazione della struttura atipica ed aperta dell'istituto che, in quanto tale, richiede imprescindibilmente l'opera concretizzatrice del giudice.

Di ciò è testimone la tendenziale scelta del presidente delle singole giurisdizioni quale magistrato competente in materia di référé, in quanto figura dotata di particolare autorevolezza giuridica e morale e, perciò, garante di un equo esercizio dei relativi poteri ma, ancor prima, la vigenza del principio della domanda che pone esclusivamente nelle mani delle parti, la facoltà di promuovere il procedimento.

Questo rilievo, che porta un forte argomento contro la qualificazione dell'istituto come espressione di una potestà amministrativa esercitata nell'interesse della legge, non può ritenersi superato nemmeno in considerazione della particolare applicazione che il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, riceve in materia di référé ³⁸⁹.

³⁸⁹Il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato è sancito in Francia dall'art. 5 del Nouveau code de procédure civile, il quale dispone: <<Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé>>.

Sul funzionamento di tale principio: R. Martin, Voce Principes directeurs du procès, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. III, nn. 134 ss.; del medesimo Autore, Le double langage de la prétention, J.C.P., 1981, I, 3024; Le juge devant la prétention, Dalloz, 1987, Chron., 85; G. Bolard, Les principes directeurs du procès civil, J.C.P., 1993, I, 3693; J. Normand, Le juge et le fondement du litige, Mélanges Hébraud, Toulouse, 1981, 595; J. Moury, Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16, Nouveau code de procédure civile, Th. Paris II, 1986, 211; J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, cit., 425.

La dottrina e la giurisprudenza francese ammette infatti pacificamente, che il giudice investito di tale competenza possa concedere una misura diversa e meno incisiva di quella richiesta dalle parti ³⁹⁰.

Su questo problema, postosi anche nel nostro ordinamento relativamente a quella giurisprudenza che interpreta con una certa elasticità il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato quando si tratta di determinare il contenuto della misura richiesta ai sensi dell'art. 700, C.p.c., riteniamo decisive, e valide anche per il sistema francese dei *référé*, le osservazioni svolte dal Tommaseo, secondo il quale non può ritenersi sussistente il vizio di *extra* od *ultra* petizione quando il giudice interviene sull'*oggetto immediato* del procedimento -concernente, com'è noto, il contenuto della concreta misura da disporre- senza incidere sull'*oggetto mediato* dello stesso, il quale costituisce il bene della vita che si intende tutelare e che resta individuato dalla domanda in modo vincolante per il magistrato ³⁹¹.

In modo analogo nell'ordinamento d'Oltralpe, la parte che instaura il procedimento in *référé sur placet* ³⁹² deve indicare ai sensi dell'art. 56, n. 2, N.c.p.c., <<l'*objet de la demande avec un exposé des moyens*>>, vale a dire la *prétention* che intende far valere, la quale consiste nell'indicazione del diritto o comunque della posizione

³⁹⁰P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit., 47.

In giurisprudenza si ricorda a titolo esemplificativo, la pronuncia della Cour d'appel di Parigi del 27 settembre 1988 (Gaz. Pal., 1988, I, 735), la quale rigettò la domanda tendente ad ottenere in *référé*, il divieto di proiezione di un film sulla vita di Cristo che ne presentava una versione non conforme ai Vangeli, ordinando tuttavia l'adozione di idonea pubblicità diretta ad informare gli spettatori dell'origine romanzesca del film; analogamente Cass. 29 ottobre 1990, Dalloz, 1992, Somm., 72.

³⁹¹Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 281 ss..

Sulla nozione di oggetto immediato inteso quale provvedimento richiesto, in contrapposizione a quella di oggetto mediato riferito al bene tutelato: G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 63 e 281; E. Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, Vol. I, 48; P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943, Vol. I, 137.

³⁹²*Supra*, par. 14.1.

soggettiva di vantaggio e delle utilità pretese, oltre alle ragioni giuridiche e di fatto su cui la stessa si fonda ³⁹³.

La discrezionalità di cui gode il giudice dei *référé*, è dunque esercitata su questi presupposti ed a partire da essi incidendo, se del caso, esclusivamente sulle <<modalità di esecuzione della misura e quindi sulla tecnica che dovrà essere seguita per realizzare concretamente l'effetto voluto>> ³⁹⁴ e ben potendo <<accogliere totalmente o parzialmente la domanda o sostituire la misura richiesta con una meno rigorosa, a condizione di restare nei limiti delle conclusioni fissate dalle parti>> ³⁹⁵.

Il funzionamento del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il

³⁹³Martin, *Principes directeurs du procès*, cit., n. 70.

³⁹⁴Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 301.

³⁹⁵Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit., 47: <<*L'ordonnance peut accueillir partiellement ou totalement la demande ou y substituer une mesure moins rigoureuse, à condition toutefois de rester dans les limites des conclusions des parties et d'observer le principe de contradictoire*>>.

Il principio è chiaramente formulato dalla giurisprudenza relativamente all'interpretazione dell'art. 5, N.c.p.c. anche relativamente al processo ordinario: non considerano che il giudice si sia pronunciato *extra petita* quando accorda una misura virtualmente compresa nella domanda, Cass. 7 aprile 1965, Bull. civ., 1965, I, n. 262; Cass. soc. 19 marzo 1967, id., 1967, IV, n. 406; Cass. com. 10 novembre 1982, id., 1982, IV, n. 346; così è stato ritenuto, ad esempio, che quando è richiesto un indennizzo pecuniario, il giudice sceglie liberamente il modo di risarcimento per equivalente, Cass. 28 aprile 1986, Bull. civ., 1986, I, n. 107; Cass. ch. mixte 6 novembre 1974, J.C.P., 1975, II, 17978, con nota di Savatier (ove la Corte ha ammesso la possibilità del giudice di sostituire una rendita alla richiesta di indennizzo capitale o viceversa); Cass. 21 novembre 1973, J.C.P., 1974, II, 17897, con nota di Brousseau; in materia contrattuale è stato affermato che ad una domanda di risoluzione per inesecuzione parziale o per esecuzione difettosa, il giudice può sostituire d'ufficio una condanna al risarcimento danni quando la risoluzione non è suscettibile di ripristinare lo *status quo ante*, Req. 23 marzo 1909, Dalloz, 1910, I, 343; sia quando l'inesecuzione non è grave al punto tale da por fine al contratto, Cass. com. 17 gennaio 1962, Bull. civ., 1962, III, n. 40; Cass. 27 novembre 1950, id., 1950, I, 237.

E' stato al contrario ritenuto sussistente il vizio di *ultra* petizione quando il giudice ha accordato più di quanto domandato in materia, ad esempio, di indennità d'occupazione, Cass. 6 febbraio 1952, Bull. civ., 1952, III, n. 65; o di indennità per l'evizione, Cass. 13 marzo 1979, id., 1979, III, n. 190; o per un periodo superiore a quello richiesto, Cass. 5 ottobre 1967, id., II, n. 274; ed il vizio di *extra* petizione nel caso in cui, di fronte alla richiesta di estensione di una procedura concorsuale ai dirigenti di una società, il giudice aveva condannato gli stessi a rispondere personalmente del passivo sociale, Cass. com. 28 novembre 1979, Bull. ci., 1979, IV, n. 374; 15 novembre 1989, id., 1989, IV, n. 307; o quando il magistrato aveva condannato al pagamento solidale di una somma mentre l'attore aveva domandato la condanna congiunta, Cass. soc. 3 febbraio 1983, J.C.P., 1983, IV, 118.

pronunciato, deve anche essere considerato alla luce dei rilievi fatti da una recente dottrina secondo la quale, la tendenza riscontrabile nell'ordinamento francese a risolvere le liti fuori del lungo ed oneroso processo ordinario, incide sul ruolo del giudice dei référé nel senso di avvicinarlo sempre più ad un arbitro o ad un conciliatore che risolve la lite nel merito, sul terreno dell'equità ³⁹⁶.

Se si accede a tale indirizzo, l'applicazione del principio della domanda e quello della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, risente delle modalità proprie del giudizio di equità. Così se nel determinare la misura il magistrato dei référé deve tener conto esclusivamente dei fatti allegati dalle parti e dell'interesse che si intende tutelare, d'altro lato lo stesso ben può disporre un provvedimento che accorda una tutela più ristretta di quella richiesta ³⁹⁷.

23. LA TUTELA IN REFERE E IL PROCESSO DI MERITO

³⁹⁶Burgelin, Coulon, Frison-Roche, Le juge des référés au regard des principes procédurales, cit., 67 ss. n. 4, i quali osservano: << ...les praticiens ont vite remarqué que ce juge si facile à saisir, si prompt à intervenir avec habilité et avec opportunité, sans forme procédurale particulière, pourrait bien non seulement traiter la crise mais la cause qui l'a provoquée. Les avocats ont insensiblement poussé le juge des référés à s'arroger un pouvoir d'intervention qui n'est plus très loin de celui de l'arbitre ou du juge du fond. Il va souvent bien au-delà. En effet, les audiences de référé sont des lieux de moins de plaidoiries en droit, de plus en plus de discussion de fait. Le juge (...) participe à une concertation tendent le plus souvent possible à trouver en terrain d'entente. Ce n'est plus un tribunal devant lequel on plaide. C'est un magistrat auquel on demande de trouver dans l'instant une solution d'apaisement à un conflit plus ou moins aigu. Il est vrai qu'il s'agit d'une tendance générale d'établir, même au sein des institutions juridictionnelles, des modes alternatifs de règlement des conflits. (...) A une époque où la loi est souvent dénoncée (...) comme source d'injustice, le magistrat va souvent préférer concilier selon l'équité plutôt que trancher, arranger plutôt que juger selon des textes. Le rôle pragmatique du juge des référés ne peut donc que s'étendre au détriment de l'intervention juridique du juge du fond auquel les parties évitent le plus souvent possible de recourir.>>

³⁹⁷Tommaseo, I provvedimenti d'urgenza, cit., 309.

Il contenuto della tutela suscettibile di essere apprestata attraverso il procedimento di *référé* non si lascia facilmente ricondurre sul piano teorico e sistematico a soluzioni unitarie poichè la struttura atipica dell'istituto rende lo stesso idoneo, secondo le necessità del caso concreto, ad assumere un connotato conservativo come anticipatorio cui si affianca, come nel caso del *référé-provision*, una funzione spiccatamente satisfattiva.

Da questa particolarità della procedura deriva, in altre parole, l'impossibilità di ricostruire l'istituto secondo la netta contrapposizione tra provvedimenti sommari *cautelari* e provvedimenti sommari *non cautelari* ³⁹⁸ esistente invece nel nostro ordinamento ³⁹⁹, poichè il medesimo modello -quello, appunto, dei *référé*- è suscettibile di essere utilizzato sia per finalità che il giurista italiano qualifica come cautelari ⁴⁰⁰, sia per scopi non cautelari, più propriamente volti alla realizzazione di economie processuali.

³⁹⁸In tal senso A. Proto Pisani, Sulla tutela giurisdizionale differenziata, Riv. dir. proc., 1979, 589, nota n. 121.

³⁹⁹Tale distinzione risale alla dottrina tradizionale italiana: G. Chiovenda in contrapposizione alle misure cautelari, poneva un gruppo di provvedimenti definiti come <<accertamenti con prevalente funzione esecutiva>>, Principi di diritto processuale civile, Napoli, 1923, 223; Calamandrei, parlava di <<provvedimenti che sono provvisori senza essere cautelari>>, Introduzione allo studio delle misure cautelari, Opere Giuridiche, cit., 169.

Attualmente la distinzione tra procedimenti sommari cautelari e non cautelari è riproposta in particolare, da Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, cit., 655, e da Tarzia, Il nuovo processo cautelare, cit., XXI.

⁴⁰⁰L'ampissima elaborazione dottrinale esistente in materia consente di riassumere i caratteri differenziali della tutela cautelare rispetto ad altre forme di tutela giurisdizionale: a) nel rapporto di strumentalità con il processo di merito, essendo le misure cautelari dirette a scongiurare il realizzarsi di un danno nel tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria; b) nella natura urgente del procedimento, diretto ad evitare un pericolo attuale incombente sul diritto (il, cosiddetto, *periculum in mora*); c) nel carattere superficiale o parziale della cognizione, tesa non all'accertamento del diritto cautelato ma alla verifica della mera verosimiglianza dell'esistenza dello stesso (il, cosiddetto, *fumus boni iuris*); d) nella provvisorietà del provvedimento, inidoneo a dettare una regolamentazione definitiva del rapporto controverso; e) nel carattere giurisdizionale delle misure, che derivano invariabilmente da uno specifico provvedimento del giudice.

Per la vasta bibliografia esistente in materia si rinvia a quanto indicato *supra* nota n. 375.

Nel référé convive dunque, una doppia natura volta all'una o all'altra esigenza che conferisce all'istituto un'ambivalenza che si riflette nel rapporto intercorrente tra lo stesso ed il procedimento di merito.

Sotto il profilo processuale il procedimento di référé gode di un'indiscutibile autonomia rispetto al processo ordinario poichè l'efficacia dell'ordinanza non è in alcun modo subordinata dalla legge all'instaurazione della cognizione piena e beneficia di una regolamentazione completa e dalla stessa indipendente, sia per quanto riguarda il regime di revocabilità e modificabilità, che quello della impugnabilità.

Tuttavia la provvisorietà del provvedimento reso in référé, rende quest'ultimo inidoneo a dettare una regolamentazione definitiva del rapporto controverso, secondo una precisa volontà legislativa che struttura il procedimento secondo esigenze di celerità e semplicità delle forme, naturalmente incompatibile con la funzione di accertamento e con il carattere instabile del giudizio reso dal magistrato, per la compressione delle garanzie difensive che la sommarizzazione del rito inevitabilmente comporta ⁴⁰¹.

⁴⁰¹La provvisorietà e l'assenza di autorità di cosa giudicata, implicano che il provvedimento reso in référé non abbia mai un valore dichiarativo poichè non può pregiudicare il merito della lite e quindi non può compiere un'accertamento del diritto vantato. Questa circostanza sembra peraltro contrastare con le attività processuali suscettibili di essere svolte nel procedimento di référé che paiono talvolta concretarsi in una vera e propria anticipazione del giudizio.

Il concetto di evidenza alla base dell'istituto, costituisce l'elemento che consente di realizzare la sommarizzazione del rito manifestandosi in essa la verosimiglianza della situazione sostanziale tutelanda che consente al giudice di intervenire in via provvisoria.

Questo rilievo pare disatteso da quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che ammette che il giudice possa ordinare <<tutte le misure istruttorie legalmente ammissibili>> secondo quanto disposto dagli artt. 10 e 153, N.c.p.c. (Estoup, *La pratique des procédures rapides*, cit., 44; Cass. 30 giugno 1993, J.C.P., 1993, IV, 2253 la quale espressamente afferma: <<*Le juge auquel il incombe de vérifier que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, a le pouvoir d'ordonner à cet effet, toute mesure d'instruction qu'il estime utile et, notamment, la comparution personnelle des parties.*>>).

In particolare nel référé-provision, dove l'indagine non è diretta a verificare la non contestabilità delle *mesure* -come nel caso disciplinato dall'art. 808, N.c.p.c.- ma la non contestabilità dell'*obbligazione*, è evidente che ammettere che il giudice possa ordinare <<tutte le misure di

La misura di référé è dunque provvisoria nel fine, nel senso che essa non tende mai a dare una sistemazione definitiva alla lite cui interviene: essa è destinata a perdere di efficacia, ad essere modificata o comunque sostituita da una pronuncia definitiva resa a seguito di un processo ordinario la cui attivazione è rimessa all'escusiva volontà delle parti.

Questa circostanza, che definisce in termini di mera *eventualità* il rapporto intercorrente tra il provvedimento di référé ed il processo ordinario, costituisce la grande differenza esistente tra l'istituto d'Oltralpe e le misure cautelari italiane il cui dato caratterizzante è costituito secondo la dottrina tradizionale risalente a Calamandrei, proprio nel rapporto di *strumentalità* o *sussidiarietà* che lega le stesse al procedimento di cognizione ⁴⁰².

Esso passa attraverso la situazione di *periculum* che costituisce il presupposto inscindibile dei provvedimenti cautelari e si sostanzia nella funzione di assicurare l'utilità pratica della pronuncia definitiva: così il provvedimento cautelare <<nasce in previsione, ed anzi in *attesa*, di un successivo provvedimento definitivo, in difetto del quale non solo non aspira a trasformarsi in definitivo, ma è addirittura destinato a venir meno per mancanza di scopo>> ⁴⁰³.

Il carattere provvisorio dell'ordinanza di référé -che toglie al provvedimento

istruzione che stima utili>> può risolversi, di fatto, in un'anticipazione non solo degli effetti della pronuncia di merito ma del giudizio stesso.

⁴⁰²Calamandrei, Introduzione allo studio delle misure cautelari, in Opere Giuridiche, cit., 175 ss.

⁴⁰³Calamandrei, op. loc. cit., 176.

Il carattere strumentale della misura cautelare rispetto al processo di merito, risulta ancor più accentuato a seguito della riforma del processo civile attuato con la legge del 26 novembre 1990, n. 353 la quale collega inscindibilmente il perdurare dell'efficacia del provvedimento cautelare all'instaurazione e allo svolgimento del processo di merito (la misura cautelare è infatti destinata a perdere di efficacia qualora non sia instaurata la cognizione piena entro i termini previsti ma anche in caso di estinzione del processo; essa è inoltre destinata ad essere sostituita dalla pronuncia definitiva: artt. 669 novies, C.p.c.).

qualsiasi aspirazione alla definitività giuridica come invece accade, anche nell'ordinamento francese, per l'*injonction de payer* che, se non opposta, diviene intangibile⁴⁰⁴- non impedisce tuttavia, che la misura possa divenire definitiva di fatto, dal momento che il perdurare della sua efficacia, non è temporalmente subordinato all'instaurazione del processo di merito il quale pertanto, ben potrà non seguire mai, accontentandosi le parti delle utilità connesse al provvedimento provvisorio.

Ed a ben vedere a tale definitività di fatto, l'ordinamento giuridico francese tende, realizzandosi in tal modo quelle finalità di economia processuale che la dottrina riconosce tra le ragioni portanti esistenti alla base dell'istituto.

In ciò si spiega la sottoposizione del provvedimento di *référé* ai mezzi ordinari di impugnazione: l'ordinamento, come abbiamo già rilevato, lo considera proprio nella sua potenzialità di provvedimento che, sul piano concreto, può rivelarsi definitivo.

Questa attitudine alla stabilità che l'ordinanza di *référé* ha sotto il profilo fattuale, si manifesta in diverse gradazioni di intensità a seconda del contenuto -e dunque dello scopo che la misura assume nei diversi casi- in ragione del diverso rapporto di funzionalità che ne scaturisce rispetto al processo di merito⁴⁰⁵.

Qualora il provvedimento abbia natura conservativa, la fase a cognizione piena resta, sotto l'aspetto giuridico, meramente eventuale, ma la logica vorrà che, nella

⁴⁰⁴D. Mas, Voce *Injonction de payer*, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., cit.; J. Miguet, Voce *Procédures particulières, procédures d'injonction de payer*, Juri-Classeur, Rép. proc. civ., fasc. 990, cit.; P. Julien, *Les injonctions de payer*, Dalloz, 1963, Chron. 157.

⁴⁰⁵Sulla necessità di distinguere il contenuto conservativo ed anticipatorio delle misure provvisorie nel diritto internazionale P. Picone, *Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato*, Riv. dir. internaz., 1995, 7; dello stesso Autore, *I provvedimenti temporanei urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, id., 1994, 333.

grande maggioranza dei casi, essa segua alla misura provvisoria.

In questa ipotesi infatti, le utilità perseguite dal procedimento sommario e da quello ordinario sono differenti: il primo provvederà a "conservare" ed il secondo a "soddisfare" la posizione sostanziale tutelanda. Da ciò scaturisce un rapporto di funzionalità e di sussidiarietà di fatto tra il provvedimento reso in *référé* e la cognizione ordinaria, rapporto da cui deriva una minore stabilità del primo per l'alta possibilità che alla stesso segua un'ulteriore fase processuale diretta al pieno soddisfacimento del diritto.

L'autonomia della misura di *référé* rispetto al processo ordinario è invece, perlomeno tendenzialmente, massima sotto il profilo fattuale, nel caso in cui il provvedimento provvisorio assuma un contenuto anticipatorio della pronuncia definitiva ed ancor più quando la misura abbia carattere totalmente satisfattivo, come può verificarsi nel caso del *référé-provision* che ordini il pagamento dell'intero credito vantato.

In questo caso infatti, il procedimento sommario e quello di cognizione, perseguono le medesime utilità e la pratica dimostra come a questa ipotesi segua una inattività delle parti che se per l'attore è manifestazione di (talvolta totale) appagamento, per il convenuto può significare acquiescenza dovuta ad una consapevolezza di torto ma anche rassegnazione all'irreversibile incidenza degli effetti che l'esecuzione del provvedimento può produrre nel rapporto sostanziale

⁴⁰⁶.

Questa attitudine alla stabilità che il provvedimento provvisorio assume, spiega la

⁴⁰⁶In ciò sta "l'effetto perverso" del *référé* a cui si riferisce Perrot ne, *Les mesures provisoires en droit français*, cit., 169.

crescente utilizzazione del *référé* come forma alternativa al processo ordinario di tutela giurisdizionale ⁴⁰⁷.

Ed invero, se l'istituto nasce come proceura d'urgenza, il processo evolutivo dallo stesso seguito e gli interventi legislativi intervenuti in materia, hanno inciso sul procedimento in modo tale da renderlo idoneo non solo a scongiurare il verificarsi di un danno nel tempo necessario ad ottenere una tutela definitiva ma anche atto a contenere il pregiudizio che è intrinseco al permanere del diritto in uno stato di insoddisfazione. L'utilità perseguita dal *référé* in quest'ultimo caso, non è dunque diversa da quella perseguita dal processo ordinario ma a questa antecedente da un punto di vista cronologico, ed in tale anteriorità si sostanzia il vantaggio dalla stessa apportato ⁴⁰⁸.

La particolare versatilità del procedimento di *référé*, consente certamente di rinvenire nello stesso una "funzione cautelare" poichè, come osserva Satta <<l'idea della cautela è un'idea non giuridica, e quindi ispiratrice di un'infinità di norme, se non addirittura di tutte, poichè non c'è norma, per il solo fatto di essere norma, che non sia dettata da ragioni di cautela>> ⁴⁰⁹.

Tuttavia tale funzione non è sufficiente a ricostruire sistematicamente l'istituto, la cui struttura lo colloca a metà strada tra i nostri provvedimenti cautelari -dei quali, in certi casi, ripete l'urgenza, il *periculum*, il rapporto di funzionalità con il processo di merito ma mai il rapporto di strumentalità necessaria- ed i

⁴⁰⁷R. Perrot, Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese, Riv. dir. proc., 1975, 247 ss.

⁴⁰⁸C. Mandrioli, Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali, Riv. dir. proc., 1964, 551.

⁴⁰⁹F. Satta, Commentario al codice di procedura civile. Procedimenti speciali, Vallardi, 1968, Vol. IV, 148.

provvedimenti a prevalente funzione esecutiva ⁴¹⁰, dei quali ripete il carattere anticipatorio, il rapporto di mera eventualità con la cognizione piena ma non l'attitudine a diventare definitivi.

⁴¹⁰Com'è noto in tale categoria rientrano quei provvedimenti resi a seguito di procedimenti sommari, ove la semplificazione del rito si basa sulla particolare certezza del diritto o sulla sua natura speciale (Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 225 e 249); essi sono provvisori ma aspirano a diventare definitivi qualora la parte contro la quale sono emessi non instauri entro i termini una fase processuale a cognizione piena (Calamandrei, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, in *Opere giuridiche*, cit., 171): l'esempio paradigmatico è costituito dal procedimento per ingiunzione.

BIBLIOGRAFIA

- E. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, Riv. dir. proc. civ., 1936, I, 18,
- G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, *Il diritto all'identità personale. Atti del Convegno di Genova 21-22 marzo 1980*, Padova, 1980;
- V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, Napoli, 1964, Vol. IV;
- B. APPERT, *Délais de procédure*, Dalloz, 1976, Chron., 17;
- A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Milano, 1991;
- A. BARRERE, *La rétractation du juge civil*, Mélanges Hébraud, Toulouse, 1981;
- PH. BERTIN, *Traité des ordonnances sur réquetes et référés*, 2° Ed., Paris, Vol. VII; Voce *Référé civil*, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. III; *Le décret du 14 mars 1986*, Gaz. Pal., 1986, Doctr., 258; *Un trouble manifestement illicite: la lutte contre la vie chère*, Gaz. Pal., 1983, Chron., 419; *Pouvoirs respectifs du premier président et du magistrat de la mise en état en matière d'exécution provisoire*, gaz. Pal., 1978, Doctr., 83; *Les ordonnances sur requête et leurs nouveaux signataires*, Gaz. Pal., 1979, I, Doctr., 292; *Actes d'huissier*, id., 1976, II, Doctr., 350;
- M. BESSONE, *Segreto della vita privata e garanzie della persona: materiali per lo studio dell'esperienza francese*, in *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia*, a cura di M. Bessone e G. Giacobbe, Padova, 1988;
- A. BLAISSE, *Quo vadis référé?*, J.C.P., 1982, I, 3082; *Arrêts et aménagement de l'exécution provisoire par le premier président*, J.C.P., 1985, I, 3183;
- J. F. BOIRON, *Référé commercial*, Enc. Dalloz, Rép. proc. civ., Vol. III;
- M. BOITARD, *Leçons sur le Code de procédure civile*, Paris, 1851, Vol. II;
- G. BOLARD, *Les principes directeurs du procès civil*, J.C.P., 1993, I, 3693; *Les juges et les droits de la défense*, Mélanges Bellet, 1961, 49;
- M. L. BOYER, *Des effets des jugements à l'égard des tiers*, Rev. trim. droit civil, 1951, 163;

- V. J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, 1985;
- G. BRUILLARD, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 1944;
- J. F. BURGELIN, J. M. COULON, M. A. FRISON-ROCHE, *Le juge des référés au regard des principes procédurales*, Dalloz, 1995, Chron., 70;
- P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, oggi in *Opere giuridiche*, 1983, Vol. IX, 163; *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943, Vol. I;
- C. CALVOSA, *La tutela cautelare. Profilo sistematico*, Torino, 1963;
- B. CAPPONI, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, *Foro it.*, 1994, I, 2002; *Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimenti d'urgenza per condanna al pagamento di somme*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1989, 88;
- F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958;
- F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve al Codice di procedura civile*, Padova, 1994, 231;
- F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, <<sentenza anticipata>> e giudizio di merito*, *Atti del XV° Convegno Nazionale, Bari 4-5 ottobre 1985*;
- G. L. J. CARRÉ, *Cour élémentaire d'organisation judiciaire* Paris, 1833;
- CH. CÉSAR-BRU, P. HÉBRAUD, J. SEIGNOLLE, G. ODUL, *La juridiction du président du tribunal. Des référés*, Paris, 1978, Vol. I;
- CH. CÉSAR-BRU, P. HÉBRAUD, J. SEIGNOLLE, *La juridiction du président du tribunal. Des référés*, Paris, 1957, Vol. I; *La juridiction du président du tribunal. Des ordonnances sur requête*, Paris, 1952, Vol. II;
- F. CHABAS, Voce *Astreinte*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. I; *La réforme de l'astreinte*, Dalloz, 1992, Chron., 299;
- G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923;
- M. CHOISEZ, *La grève avec occupation des lieux du travail devant le juge des référés*, *Droit social*, 1975, 372;
- V. CHRISTIANOS, *Injection de faire et protection du consommateur*, Dalloz, 1990, Chron., 91;
- F. CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali <<nell'interesse dei coniugi e della prole>>*, Napoli, 1970;

- A. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, 1953;
- C. CONSOLO, F. P. LUISO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile, Commentario*, Milano, 1991;
- M. COSSA, *L'urgence en matière de référé*, *Gaz. Pal.*, 1955, Doctr., 45;
- G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, Paris, 1994; *Le référé-provision: mesure ou démesure?*, *Mélanges Raynaud*, Toulouse, 1985, 161; <<*Les incidents de provision*>>, *Journées études avoués, Limoges 25-28 octobre 1979*, *Gaz. Pal.*, 1979, Doctr., 598;
- H. CROZE, C. MOREL, *Procédure civile*, Paris, 1988;
- J. J. DAIGRÉ, *La doctrine et la réforme de la procédure civile. A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces*, *J.C.P.*, 1981, I, 3020;
- A. DE CUPIS, *Lineamenti del sequestro convenzionale*, *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 261;
- J. B. DENIS, *Evolution du système des preuves*, *Rev. trim. droit civil*, 1977, 671;
- Y. DESDEVISES, Voce *Ordonnances sur requête*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. III; Voce *Référé du premier président*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. III;
- A. DE VITA, *ART. 10. Commentario al Codice civile, Scialoja-Branca. Persone e famiglia art. 1-10*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, U. Breccia, Bologna-Roma, 1988, 505;
- A. DIANA, *Le misure conservative interinali*, in *Studi Senesi*, XXVI (1909), Vol. II, 217;
- P. DIDIER, *Remarques pour servir à une définition du droit commercial*, *Dalloz*, 1962, Chron., 221;
- A. DI MAYO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993; Voce *Tutela (diritto privato)*, *Enc. del Diritto*, Vol. XLV;
- E. A. DINI, G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1993;
- M. DINI, E. A. DINI, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1981;
- N. DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Azione surrogatoria. Azione revocatoria. Sequestro conservativo*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1973;
- P. DRAI, *Quelques observations sur le décret n. 87-434 du 17 juin 1987*:

- <<Pour en juge que toujours décide>>, *Gaz. Pal.*, 1987, II, Doctr., 512;
- P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*, Paris, 1990; *Le décret du 4 mars 1988 étape décisive dans le droit de la consommation*, *Gaz. Pal.*, 1988, I, Doctr., 280;
- F. FERRAND, *Voce Appel*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. I;
- G. FLÉCHELUX, *Le droit d'être entendu*, *Mélanges Bellet*, 1961, 49;
- J. FOYER, *Voce Injonction de faire*, *Enc. Dalloz., Rép. proc. civ.*, Vol. II;
- A. M. FRISON-ROCHE, *Généralité sur le principe du contradictoire*, Th., Paris II, 1988;
- E. GARSONNET, CH. CÉSAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, 1904, Vol. I;
- PH. GERBAY, *Réflexions sur la jurisprudence du premier président de la Cour d'appel*, *Dalloz*, 1980, Chron., 65; *Voie d'annulation*, *Dalloz*, 1993, Chron., 143;
- G. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, 1994;
- GILLI, *La cause juridique de la demande en justice*, Th., Paris, 1960;
- C. GIVERDON, *Voce Référés: Généralité. Plan d'ensemble* (fasc. 230); *Référés: Définition et caractère. Procédure. Ordonnances, voies de recours* (fasc. 232); *Référés: Conditions générales mises à l'exercice des pouvoirs du juge des référés* (fasc. 233); *Référés: Mesures générales ordonnées en référé* (fasc. 234); *Référés spéciaux: Référé-provision. Référé-injonction de faire* (fasc. 235-2); *Référés: Étendue des pouvoirs du président du tribunal de grande instance en référé. Référé sur difficulté d'exécution* (fasc. 236), *Juri-Classeur de procédure civile*, Vol. III; *Le droit commercial, droit de commerçants*, *J.C.P.*, 1949, I, 770; *Voce Acte de procédure civile*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. I;
- E. GLASSON, A. TISSIER, *Traité de procédure civile*, Paris, 1926;
- G. GORLA, *Appunti sul contratto obbligatorio nel c. d. diritto continentale e nella common law (un po' di storia e di casistica)*, *Rev. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 989;
- J. J. HANINE, *Le droit de l'exécution provisoire dans le Nouveau Code de procédure civile*, *J.C.P.*, 1976, I, 2756; *Modalité de signification*, *Rev. huiss.*, 1985, 406;
- T. HASSLER, *L'interdiction de diffusion et la présomption d'innocence confrontées aux pouvoirs du juge des référés*, *Dalloz*, 1993, Somm., 246;

- P. HOONAKKER, Voce *Exécution provisoire*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. II;
- A. JOLY, Voce *Recours en révision*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. III;
- P. JOURDAIN, *Les conclusions devant les juridictions du fond*, *Gaz. Pal.*, 1983, II, Doctr., 415;
- P. JULIEN, *Le juge de l'exécution*, *Petites affiches*, *Dalloz*, 6 gennaio 1993; *Les injonctions de payer*, *Dalloz*, 1963, Chron., 157;
- K. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, Th., Rennes, 1979;
- M. LABORDE-LACOSTE, *Précis de procédure civile*, Paris, 1939;
- F. LANCELLOTTI, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 232;
- M. M. LAURENS, J. SEIGNOLLE, *Le constat d'adultère pratiqué la nuit par un huissier en vertu d'une ordonnance sur requête est-il valable?*, *J.C.P.*, 1947, I, 668;
- F. H. LAWSON, *Remedies of english law*, London, 1980;
- G. LÉGIER, Voce *Saisie et mesures conservatoires*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. II;
- C. LOYER-LARHER, *La réforme de l'exécution provisoire*, *Gaz. Pal.*, 1976, II, Doctr., 586;
- F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle de droits et de libertés*, Paris, 1987; *Un Janus constitutionnel. L'égalité*, *Rev. droit public*, 1986, 1253;
- G. LYON-CAEN, *Entreprise et politique*, *J.C.P.*, 1977, I, 2863;
- C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, *Riv. dir. proc.*, 1964, 551;
- R. MARTIN, Voce *Principes directeurs du procès*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. III; *De l'utilité de la tierce opposition*, *Gaz. Pal.*, 1991, Doctr., 303; *Le juge devant la prétention*, *Dalloz*, 1987, Chron., 85; *Signification à une personne sans domicile connu*, *Rev. huiss.*, 1986, 733; *Le double langage de la prétention*, *J.C.P.*, 1981, I, 3024; *Le référé théâtre d'apparence*, *Dalloz*, 1979, Chron., 160; *L'appel des ordonnances sur requête*, *J.C.P.*, 1977, I, 2837; *Instruction du procès civil*, *Rev. trim. droit civil*, 1971, 279; *Les contradictions de la chose jugée*, *J.C.P.*, 1959, I, 2938;
- D. MAS, Voce *Injonction de payer*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. II;

- H. MAZEAUD, *La maxime error communis facit jus*, *Rev. trim. droit civ.*, 1924, 929;
- M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1828, Vol. XXVII;
- J. MIGUET, Voce *Procédures particulières, procédure d'injonction de payer* (fasc. 990); Voce *Procédure d'injonction de faire* (fasc. 991), *Juris-Classeur de procédure civile*;
- L. MONTESANO, *Sulle misure provvisorie in Italia*, in *Les mesures provisoires en procédure civile. Atti del Colloquio Internazionale, Milano 12-13 ottobre 1984*, Milano, 1985;
- R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 1949;
- L. MORTARA, *Procedura civile*, Torino, 1915, Vol. I;
- H. MOTUSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, *Dalloz*, 1968, *Chron.*, 1;
- J. MOURY, *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16, Nouveau code de procédure civile*, Th., Paris II, 1986;
- J. NORMAND, *Le juge de l'exécution*, *Rev. trim. droit civil*, 1993, Num. spec. 31; *La pratique des astreintes*, *Rev. trim. droit civil*, 1985, 440; *Le juge et le fondement du litige*, *Mèlanges Hébraud*, 1981, 595; *De la répartition des compétences entre juges des référés en droit du travail*, *Rev. trim. droit civil*, 1980, 158; *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, *Rev. trim. droit civil*, 1974, 654 e 849; id., 1979, 654; id., 1980, 395; id., 1986, 170; id., 1988, 167; id., 1994, 668; id., 1966, 236; *Le juge et le litige*, Th., Lille, 1961, pub. 1966, prefazione di R. Perrot;
- R. ODENT, *Occupation d'églises et compétence juridictionnelle*, *Gaz. Pal.*, 1977, II, *Doctr.*, 588;
- M. OLIVIER, Voce *Mesures d'instruction confiée à un technicien*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. IV;
- C. PAGNON, *L'apparence face à la réalité économique et sociale*, *Dalloz*, 1992, *Chron.*, 285;
- G. PARLEANI, *Le juge des référés face au droit communautaire*, *Dalloz*, 1990, *Chron.*, 70;
- A. PERDRIAU, *Le contrôle de la Cour de Cassation en matière de référé*, *J.C.P.*, 1988, I, 3365;

-R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, 1994; *La riforma francese delle procedure civili di esecuzione*, *Riv. dir. proc.*, 1992, 209; *Les mesures provisoires en droit français*, in *Les mesures provisoires en procédure civile. Atti del Colloquio Internazionale, Milano 12-13 ottobre 1984*, Milano, 1985; *L'évolution du référé*, *Mélanges Hébraud*, Toulouse, 1981; *Le juge unique en droit français*, *Rev. int. droit comp.*, 1977, 659; *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1975, 228; *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese (Continuazione...in attesa della fine)*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1976, 281; *La compétence du juge des référés*, *Gaz. Pal.*, 1974, II, Doctr., 895; *Voce Chose jugée*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. I;

-B. PETIT, *L'évidence*, *Rev. trim. droit civil*, 1986, 485;

-P. PICONE, *Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato*, *Riv. dir. internaz.*, 1995, 7; *I provvedimenti temporanei urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, *Riv. dir. internaz.*, 1994, 333;

-PIGEAU, *La procédure civile du Châtelet de Paris*, Paris, 1787, Vol. II;

-G. PISANELLI, A. SCIALOYA, P. S. MANCINI, *Commentario al Codice di procedura civile*, Napoli, 1879, Vol. VII;

-D. PRONIER, *Le juge d'instance dans la société française*, Paris, 1993;

-A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994; *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991; *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, *Riv. dir. proc.*, 1979, 589; *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982;

-E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, Vol. I;

-F. RENOUX, *Le référé en première instance*, Th, Marseille, 1976-1977;

-L. R. RÉZENTHEL, *L'exécution provisoire de plein droit et la hiérarchie des normes*, *Gaz. Pal.*, 1988, I, Doctr., 310;

-J. RIVES, *La compétence d'attribution des tribunaux paritaires*, *J.C.P.*, 1964, I, 1839;

-J. P. ROUSSE, *Nature et finalité de la mesure en référé*, *Gaz. Pal.*, 1977, Doctr., 249; *Feu l'urgence dans le référé-provision*, *Gaz. Pal.*, 1977, Doctr., 563;

-Y. SAIN-JOURS, *Le juge des référés en droit du travail*, *J.C.P.*, 1974, Doctr., 2648; *L'occupation des lieux du travail accessoirement à la grève*, *Dalloz*, 1974, Chron., I, 135;

-F. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile. Procedimenti speciali*, Vallardi, 1968, Vol. IV;

-R. SAVATIER, *La réforme judiciaire et la compétence des tribunaux des baux ruraux*, Dalloz, 1960, Chron., 127;

-J. P. SEIGNOLLE, *La juridiction du président du tribunal. Des référés*, Paris, 1957, Vol. I; *Les procédures d'urgences, Travaux 12° Colloque I.E.J., Pau 12 mai 1979*; *L'urgence en référé, Reg. gen. lois*, 1958, 97; *De l'évolution de la juridiction des référés, J.C.P.*, 1954, Doctr., 1200; *De l'évolution de la juridiction des référés. L'évolution des pouvoirs du juge des référés, J.C.P.*, Doctr., 1205; *De l'évolution de la juridiction des référés. La transformation de la juridiction des référés en juridiction contentieuse et définitive, J.C.P.*, 1955, Doctr., 1228;

-H. SOLUS, R. PERROT, *Le référé prud'homale*, Dalloz, 1975, Chron., 1; *Droit judiciaire privé*, Paris, 1973, Vol. II;

-G. SUTTON, *La filiation au fil d'une loi en patchwork. Loi du 8 janvier 1993*, Dalloz, 1993, Chron., 163; *Conflits familiaux et dialogues avec les justiciables, J.C.P.*, 1972, I, 2472 bis;

-J. J. TAISNE, *La nouvelle injonction de payer, Gaz. Pal.*, 1981, II, Doctr., 484; *La réforme de la procédure d'injonction de payer, Gaz. Pal.*, 1978, II, Doctr., 378;

-M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980; *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, 1989;

-G. TARZIA, *Il nuovo processo cautelare, Introduzione*, Padova, 1993, a cura di G. Tarzia; *Procédure civile italienne, Rev. int. droit comp.*, 1981, 789; *Intervento*, in *La tutela d'urgenza. Atti del XV° Convegno Internazionale. Bari 4-5 ottobre*, 1985, Rimini, 1986;

-R. TENDLER, *Le juge des référés, une <<procédure ordinaire>>?*, Dalloz, 1991, Chron., 139; *Condition de la compétence du juge des référés*, Dalloz, 1978, 664;

-G. TESAURO, *Conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 17 maggio 1990 in causa 214/89*, Raccolta, 1990, IV, 2457;

-A. TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Paris, 1890;

-F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983; *Il commento*, *Corriere giuridico*, 1991, 104;

-A. TOULEMON, *La responsabilité du plaideur tromphant et téméraire*, J.C.P., 1968, I, 2102;

-N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974;

-A. TOUFFAIT, *La Cour judiciaire Suprême, une enquête comparative*, *Rev. int. droit comp.*, Numero Speciale, 1993;

- A. TUNC, *Compte rendu des journées d'études sur la Cour judiciaire Suprême*, *Rev. int. droit comp.*, 1979, 630;
- G. VERDE, L. F. DI NANNI, *Codice di proceura civile. L. 26.11.90 n. 353*, Torino, 1991;
- G. VERDE, *L'attuazione dei provvedimenti d'urgenza*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1985, 725;
- J. VIATTE, *Signification des actes d'huissier de justice*, *Gaz. Pal.*, 1973, II, Doctr., 498;
- J. VINCENT, J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution*, Paris, 1993;
- J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, 1994;
- J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *La justice et ses institutions*, Paris, 1991; *La justice et ses institutions dans le droit français contemporain*, Paris, 1993;
- J. VINCENT, *Les récentes extensions de compétence du tribunal d'instance*, *Mélanges Chavanne*, Paris, 1990, 27; *Les pouvoirs du juge en matière de provision*, *Etude Kayser*, 1979, 417; *Précis de procédure civile*, Paris, 1951;
- J. VOLFF, *La chambre de la famille dans certaines juridictions françaises*, *Gaz. Pal.*, 1973, II, Doctr., 504;
- M. R. VOUIN, *Constats d'adultère*, *Dalloz*, 1949, Chron., 77;
- G. WIEDERKEHR, D. AMBRA, *Voce Exécution des jugements et des actes*, *Enc. Dalloz, Rép. proc. civ.*, Vol. II;
- F. ZÉNATI, *Décret n. 87-434 du 17 juin 1987 modifiant certaines dispositions du Nouveau code de procédure civile (J.O. 23 juin)*, *Rev. trim. droit civil*, 1987, 626.