

Travaux de l'Association Henri Capitant
des amis de la culture juridique française

**CONCEPTS, INTÉRÊTS
ET VALEURS
DANS L'INTERPRÉTATION
DU DROIT POSITIF**

JOURNÉES ITALIENNES

TOME LXVII
2017

Éditeurs
BRUYLANT et LB2V

© Éditions 2018
ELS Belgium s.a. – Éditions Bruylant
Espace Jacqmotte
Rue Haute, 139 – Loft 6 – B-1000 Bruxelles
www.larciergroup.com
LB2V, 64, avenue Gambetta – 75020 Paris
ISBN 978-2-8027-6355-0

Tous droits réservés pour tous pays.
Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur,
de reproduire (notamment par photocopie)
partiellement ou totalement le présent ouvrage,
de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public,
sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

CONCEPTS, INTÉRÊTS ET VALEURS DANS L'INTERPRÉTATION DU DROIT PRIVÉ EN ITALIE

Cristina AMATO

Professeur de droit comparé, Université de Brescia

I. LA JURISPRUDENCE¹

1.1. Le rôle des principes constitutionnels dans la motivation des arrêts civils des cours suprêmes

Le rôle des principes constitutionnels se trouve être fondamental dans les domaines les plus représentatifs du droit privé, et les articles de la Constitution italienne sont mentionnés explicitement et très souvent dans les domaines cités ci-dessous.

A. Les articles de la Constitution en vigueur repris par les cours suprêmes visent à la protection de la **propriété** selon sa *fonction sociale* (art. 41, 42), et à assurer des rapports sociaux *équitable*s (art. 3, 44 Const.)². Il arrive que les décisions de la Cour constitutionnelle (*Corte Costituzionale*) soient très souvent explicitement mentionnées³.

B. Les **droits de la personne** représentent le domaine dans lequel les arrêts des cours suprêmes entretiennent avec la Charte Constitutionnelle les rapports les plus riches et les plus étroits, le but de ces droits étant la protection des droits fondamentaux. C'est le cas du *droit au nom*, dans les différentes hypothèses du

¹ Les réponses au présent questionnaire sont limitées à la jurisprudence de la Cour de cassation italienne (*Corte di Cassazione*) des 30 dernières années. Pour des raisons tenant à la dimension de ce rapport, j'ai choisi de ne citer que les arrêts les plus récents. Afin de répondre le plus complètement possible aux questions posées, j'ai recueilli, en accord avec mes recherches scientifiques, un certain nombre d'exemples dans les matières suivantes : droit de la propriété, droits des personnes et de la personnalité, droit patrimonial (obligations et contrats).

² Cass. I civ., 22 juill. 2015, n° 15367 ; Cass. II civ., 24 sept. 2013 n° 1753.

³ Cass. II civ., 12 nov. 2015, n° 23130.

droit du mineur à ajouter au nom de son père celui de sa mère⁴, ou de la reconnaissance de paternité⁵, le principe directeur étant, dans ce dernier cas, l'intérêt des mineurs ainsi que leur *dignité* (art. 2 Const.). C'est encore le cas des nombreuses situations où est en jeu la *dignité de la personne*, à propos de la modification des caractères sexuels et de la rectification des données personnelles⁶ ; la violation de l'honneur par la publication d'écoutes téléphoniques dénonçant l'orientation sexuelle d'un des prévenus⁷ ; la détention illégale de données sensibles⁸. Dans le domaine du *droit de la famille*, on trouve plusieurs arrêts qui mentionnent la Constitution dans les cas qui concernent les unions homosexuelles, pour lesquelles la jurisprudence italienne, même si elle n'a pas reconnu un droit au mariage, a toutefois admis la transcription du mariage contracté à l'étranger en vertu des *principes d'égalité* (art. 3), *de liberté individuelle et de solidarité familiale* (art. 2, 13, 29, 30), *de respect des traités internationaux* (art. 10)⁹. Toujours dans ce domaine, la Cour de cassation a admis l'adoption de l'enfant du conjoint par un couple homosexuel¹⁰. Elle a également retenu l'illégitimité de la dissolution du mariage suite au changement de sexe d'un des partenaires du couple (« divorce imposé »)¹¹, quelques fois mentionnant explicitement les décisions de la Cour constitutionnelle à ce sujet¹², ou bien dans les cas spécifiques des unions homosexuelles¹³, de la retranscription du mariage homosexuel contracté à l'étranger¹⁴ ; de la protection des enfants exposés à des maternités de substitution dans les unions homosexuelles¹⁵.

C. Dans le domaine du **droit patrimonial**, la Cour de cassation a fait découler le préjudice injuste (*danno ingiusto*) de la *solidarité et de la dignité humaine*¹⁶. D'ailleurs, un sujet très disputé aujourd'hui est celui de la transmissibilité des dommages aux victimes secondaires en raison du décès subit de la victime d'un accident (*danno tanatologico*). La Cour de cassation a confirmé sa position, contraire à la réparation des dommages accordée aux victimes par ricochet en raison du décès de la victime d'un accident, dans le cas où celle-ci est décédée subitement. Bien que l'article 2 Const. protège la vie en tant que droit fondamental, et qu'il reprenne le *principe de solidarité*, serait toutefois contraire à la conscience sociale l'« enrichissement » des membres de la famille, car dans de telles situations la responsabilité civile revêtirait une fonction punitive inacceptable dans le système juridique italien¹⁷. S'agissant des *dommages immatériels*, la Cour de cassation a rappelé de nombreuses fois quel était le

⁴ Cass. I civ., 11 sept. 2015, n° 17976.

⁵ Cass. I civ., 2 oct. 2015, n° 19734.

⁶ Cass. I civ., 20 juill. 2015, n° 15138.

⁷ Cass. III civ., 10 oct. 2014, n° 21404.

⁸ Cass. I civ., 19 mai 2014, n° 10947.

⁹ Cass. I civ., 22 juin 2016, n° 12962.

¹⁰ Cass. I civ., 9 févr. 2015, n° 2400.

¹¹ Cass. I civ., 22 juin 2016, n° 12962.

¹² Cass. I civ., 22 juin 2016, n° 12962.

¹³ Cass. I civ., 22 juin 2016, n° 12962.

¹⁴ Cass. I civ., 30 sept. 2016, n° 19599.

¹⁵ Cass. I civ., 9 févr. 2015, n° 2400.

¹⁶ Cass. civ. sect. un., 22 déc. 2015, n° 25767.

¹⁷ Cass. civ. sect. un., 22 juill. 2015, n° 15350.

fondement constitutionnel de leur réparation, selon les différentes circonstances qui ont provoqué le préjudice subi par la victime : pour la *rétrogradation de l'employé*, la Cour suprême a cité la dignité humaine (art. 2, 35), l'égalité (art. 3), et la liberté économique (art. 41)¹⁸ ; pour la réparation des dommages immatériels subis par la victime en matière médicale, elle a invoqué les principes d'égalité et de solidarité familiale (art. 3, 29, 30, 31)¹⁹.

D. Dans les domaines spécifiques du droit patrimonial qui concernent le consommateur et les pratiques déloyales, la Cour de cassation a eu une nouvelle fois l'occasion de rappeler explicitement le fondement constitutionnel de ses arrêts. C'est le cas du *lieu du domicile du consommateur*, au nom des *principes d'égalité et protection du droit de défense* (art. 3, 24, 25)²⁰, ou bien des arrêts contre les *pratiques commerciales déloyales* des assurances pour prix d'entente, portant sur les *principes d'égalité* (art. 3), de *libertés économiques* des consommateurs (art. 41), et de *protection du droit de défense* (art. 24)²¹.

E. Dans le livre des obligations du Code civil italien (C. civ. It.), la bonne foi est comprise comme un principe aux contenus et aux fonctions multiples, auquel la Cour Suprême n'a de cesse de reconnaître, sans aucune ambiguïté, une justification constitutionnelle, en tant que *principe général des obligations* (*liberté économique et dignité* : art. 41)²², ou bien en tant que *clause générale* d'où découle la responsabilité précontractuelle (*solidarité* : art. 2²³, *égalité* : art. 3²⁴, *solidarité et fonction sociale de la liberté économique* : art. 42)²⁵ ou de *critère d'interprétation du contrat* (*solidarité* : art. 2²⁶ ; *fonction sociale de la liberté économique* : art. 41)²⁷ et enfin en tant que *principe d'exécution du contrat* (*solidarité* : art. 2)²⁸.

1.2. Les valeurs constitutionnelles des cours européennes

Les valeurs constitutionnelles des Cours européennes sont de plus en plus mentionnées dans les décisions de la Cour suprême italienne. On le constate dans le domaine de la **propriété**, à propos d'ingérences intolérables²⁹, et du droit à une juste indemnité dans les cas d'expropriation³⁰. On le constate aussi dans les cas des **droits de la personne**, concernant la modification des caractères sexuels

¹⁸ Cass. civ., 19 févr. 2016, n° 3291.

¹⁹ Cass. III civ., 2 oct. 2012, n° 16754 : c'est le célèbre arrêt rendu par M. Travaglino, inspiré par l'arrêt *Perruche* : il s'agissait d'une naissance non voulue, causée par le mauvais diagnostic du médecin.

²⁰ Cass. III civ., 26 sept. 2008, n° 24257.

²¹ Cass. I civ., 28 mai 2014, n° 11904.

²² Cass. III civ. sect., 17 janv. 2017, n° 929.

²³ Cass. civ. sect. un., 6 mai 2016, n° 9140.

²⁴ Cass. civ. sect. soc., 2 mai 2016, n° 8604.

²⁵ Cass. III civ., 18 sept. 2009, n° 20106.

²⁶ Cass. III civ., 6 mai 2015, n° 9006.

²⁷ Cass. III civ. sect. III, 1^{er} avr. 2011, n° 7557.

²⁸ Cass. III civ., 17 janv. 2017, n° 929.

²⁹ Cass. I civ., 12 juill. 2016, n° 14180.

³⁰ Cass. I civ., 14 déc. 2007, n° 26275.

et la rectification des données personnelles³¹, ou bien le traitement illégal de données personnelles³². On le constate surtout pour les unions homosexuelles (v. 1.1.B).

Il arrive quelquefois que la Cour suprême, dans ses arrêts, renvoie de manière imprécise à des principes constitutionnels. À ce propos, il est étonnant de voir la constance avec laquelle les cours suprêmes font des références implicites à la constitution ou aux décisions constitutionnelles : c'est le cas de *danno tanatologico* (v. 1.1.C), aussi bien que dans les différents cas concernant les *dommages corporels* qui aboutissent à une invalidité totale³³.

1.3. L'analyse des intérêts concrets objets du litige

Dans certaines affaires qui relèvent du **droit des personnes** ou du **droit patrimonial**, les juges analysent de manière *détaillée* les intérêts concrets des parties. Il s'agit de situations fréquentes mais irrégulières, où la Cour de Cassation a fait preuve d'une honnêteté scientifique et interprétative qui s'est traduite par des solutions équitables. Il arrive aussi que la Cour de cassation s'inspire des interprétations proposées par la doctrine ou par la jurisprudence internationale ; dans de telles hypothèses, l'analyse détaillée des intérêts des parties n'est qu'un effort d'application d'une théorie déjà expliquée ailleurs. C'est l'exemple – illustré au paragraphe 1.6.C – de la définition renouvelée de cause. La même chose vaut pour la théorie des liaisons entre différents contrats, dans le cadre du crédit à la consommation. Sous l'influence de la législation européenne³⁴ et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³⁵, la Cour de cassation est arrivée à une définition du « pacte exclusif » (entre les deux professionnels : vendeur et établissement financier) ayant une source légale, et non contractuelle et dont il n'appartient donc pas au consommateur d'en démontrer l'existence³⁶. Quelquefois, la Cour de cassation a elle-même créé des catégories juridiques entièrement nouvelles, et approuvées par la doctrine, dans le seul but de rechercher et de satisfaire les intérêts réels des parties ou de l'une d'entre elles. C'est le cas de la théorie de la « présupposition », inspirée de la « *frustration* » anglaise, selon laquelle la disparition ou le changement substantiel d'une condition implicite du contrat, commune aux contractants, rend le contrat sans effet³⁷.

Les juges civils suprêmes attribuent une valeur aux conséquences futures de leurs décisions.

³¹ Cass. civ. sect. un., 25.02.2016, n° 3727, qui cite l'article 10, para. 2 CEDH.

³² Cass. III civ., 19 juill. 2016 n° 14694, qui cite l'article 21 Const., 10 CEDH, et l'article 11 Charte de Nice.

³³ Cass. III civ., 10 janv. 2017, n° 243 : responsabilité médicale pour violation de l'obligation d'information ; Cass. III civ., 29 févr. 2016, n° 3893, « arrêt Scarano », à propos de l'invalidité totale d'un enfant à la naissance ; Cass. VI civ., 12 déc. 2016, n° 2532, à propos d'un accident du travail Cass. III civ., 10 mai 2016, n° 9367 ; Cass. III civ., 13 juin 2014, n° 13537 : cet arrêt exclut la possibilité de la *compensatio lucri cum damno* ; Cass. III civ., 16 mars 2012, n° 4253 concernant les victimes secondaires : art. 29, 30, 31 Const.

³⁴ Dir. 1987/102/CE ; Dir. 22.02.1990, n° 1990/88/CE ; Dir. 2008/48/CE.

³⁵ CJUE, 23.04.2009, C-509/07.

³⁶ Cass. III civ., 27 juill. 2016, n° 19000.

³⁷ Cass. III civ., 21 nov. 1983, n° 6933.

Dans plusieurs affaires, les conséquences sont explicitement analysées par les décisions des juges civils des cours suprêmes. Cette analyse est de règle en matière de droit des personnes et de la famille. Reste que la plupart du temps, ces conséquences ne sont pas explicitement mentionnées, même s'il apparaît évident que les juges en ont tenu compte. On peut même dire que c'est la règle en matière de **droit patrimonial** :

A. Dans les cas d'interprétation extensive du concept de *préjudice injuste* (v. par. 1.6.B), d'interprétation constitutionnelle de *dommage immatériel* (v. par. 1.6.D), ou de responsabilité du producteur, les Cours ont tenu compte du problème constitué par le nombre excessif de demandes en réparation, lequel n'est pas soutenable dans un système de réparation fondé sur la responsabilité civile pour faute.

B. Dans les cas de renouvellement de la définition de cause (v. par. 1.6.C) les Cours ont pris en compte les intérêts des parties afin d'arriver à une répartition raisonnable et acceptable des risques contractuels.

Restent enfin les cas où il semble qu'aucune considération, même implicite, n'ait été donnée aux conséquences des décisions. On pense par exemple à la réparation des dommages immatériels subis par la victime d'une naissance non voulue, causée par un mauvais diagnostic du médecin, ainsi que par les membres de sa famille³⁸. La reconnaissance d'un droit à naître en bonne santé, reconnaissance fondée sur les droits fondamentaux, ne semble tenir compte ni de l'élargissement excessif des actions en réparation du dommage, ni des conséquences morales et éthiques de cet élargissement.

1.4. La préservation de la cohérence systématique des règles civiles et l'importance des finalités de la politique du droit (interprétation téléologique)

Le plus souvent, les juges font attention à la cohérence du système et évitent de créer des antinomies. La Cour constitutionnelle nous a ainsi donné des décisions exemplaires pendant la longue marche de l'interprétation de l'article 2059 du Code civil, alors qu'elle a évité la déclaration de non-conformité à la Constitution³⁹. Finalement, comme on l'a vu au paragraphe 1.6.D, le but a été atteint par une interprétation constitutionnelle de la norme citée.

Reste que les Cours suprêmes reconnaissent une certaine importance aux finalités de la norme, quand celle-ci entre en conflit avec la formulation du texte. C'est par exemple le cas, cité au paragraphe 1.3, de l'interprétation de l'article 124, a. 3, d.lgs. du 1^{er} septembre 1993, n° 385 (*Testo unico bancario*) à propos de la notion de « pacte exclusif ». Une telle interprétation a bel et bien été respectée par le nouveau législateur, qui a modifié la norme (art. 121, a. 1, lett. d) *Testo unico bancario*) tout en ignorant la notion de « pacte exclusif ».

³⁸ Cass. III civ., 2 oct. 2012, n° 16754 : c'est le célèbre arrêt rendu par M. Travaglino : v. note 19.
³⁹ V. les arrêts 26 juill. 1979, n°s 87, 88 ; n° 184 de 1986 ; n° 233/2003.

II. LES OUVRAGES CIVILISTES LES PLUS RÉCENTS ET LES PLUS RÉPANDUS

1.6. Formulation et éclaircissement des concepts

L'analyse des ouvrages civilistes les plus récents fait apparaître une nette préférence pour la discussion critique des concepts et leur remplacement par des concepts plus appropriés. Parmi les nombreux exemples que l'on pourrait donner, on peut ici dresser une liste (non exhaustive) qui couvre plusieurs matières du droit privé.

A. Un sujet très controversé est celui de la conclusion d'un contrat ne comportant d'obligations qu'à la charge du seul proposant : art. 1333 C. civ. It. (contrats gratuits, ou contrats de garantie personnelle). La règle du code suppose une interprétation classique : il s'agirait d'une forme d'acceptation représentée par le silence. Le principe directeur à la base de cette règle c'est la bilatéralité du contrat, reposant sur le consentement et impliquant donc forcément l'existence d'une acceptation, fût-elle tacite⁴⁰. Cela revient à dire que pour la doctrine traditionnelle, l'engagement unilatéral n'est jamais possible. Une autre doctrine, d'une grande valeur intellectuelle, a proposé dans les années soixante une interprétation plus adéquate de cette règle⁴¹. Selon les auteurs de cette interprétation, on se trouverait ici dans une hypothèse de formation du contrat *sans acceptation*, ou mieux, dans une hypothèse d'acte juridique à formation unilatérale. En effet, l'ordre juridique italien n'interdit pas la formation sans acceptation de contrats comportant des obligations à la charge du seul proposant, ces derniers reposant en réalité sur la confiance légitime que les cocontractants placent dans le lien contractuel. La formation bilatérale est nécessaire dans les contrats synallagmatiques pourvue que personne ne peut être *appauvrir* sans son consentement.

B. Un autre exemple peut être tiré de la responsabilité délictuelle. Selon le droit en vigueur dès 1942 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un *dommage injuste*, oblige celui par la faute ou dol duquel il est arrivé à le réparer » (art. 2043 C. civ. It). La règle, évidemment tirée du Code Napoléon, présente un adjectif fondamental, *injuste*, qui présuppose un concept tout à fait restreint, à savoir la lésion des *droits absolus*⁴², tels que les droits de la personne et de sa personnalité, ou le droit de propriété. La jurisprudence avait en conséquence refusé la reconnaissance des dommages et intérêts dans le cas de lésion causée par un tiers d'un droit au paiement d'une créance. Dès 1964 la

⁴⁰ F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale, contratti in generale*, I, Padoue, 2004, p. 170.

⁴¹ G. GORLA, *Il dogma consenso o accordo, e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, Studi Vassalli, II, Padoue, 1960, p. 216 s. ; R. SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Turin, 2016, p. 241 et s.

⁴² Cass. III civ., 4 juill. 1953, n° 2085. Il s'agit du célèbre cas *Superga*, dans lequel la Cour Suprême avait refusé les dommages-intérêts demandés par la société Torino Calcio à la compagnie d'aviation, l'équipe de footballeurs turinois ayant disparu dans un accident aérien.

doctrine⁴³ a critiqué cette limitation, en proposant un concept plus approprié pour l'interprétation du « dommage injuste » : à savoir la *lésion des intérêts reconnus et protégés soit par le droit positif, soit par des principes directeurs inspirés par la Constitution*. Cette interprétation, finalement reprise par la jurisprudence, a permis l'élargissement du concept traditionnel de « préjudice injuste » aux *droits subjectifs* (catégorie plus étendue, qui inclut aussi bien les droits absolus que les droits personnels)⁴⁴, ainsi qu'aux demandes d'indemnisation des citoyens contre les pouvoirs publics (*interessi legittimi*)⁴⁵, en vertu d'un principe directeur de *réparation intégrale des dommages et intérêts*.

C. S'agissant du remplacement d'un concept juridique par un autre, plus adapté, une action fondamentale est à mettre au crédit de la doctrine : celle qui porte sur la notion de « cause ». Élément essentiel du contrat (art. 1325, n° 2 C. civ. It.), la cause n'a pas été définie par le code. Il s'agissait donc d'une notion dont l'interprétation revenait principalement à la doctrine, que la jurisprudence se bornait à suivre. Une conception « objective » de la cause (tirée de la doctrine allemande) fit son apparition au lendemain de la nouvelle codification italienne (1942) : à ce moment déjà, la cause était définie comme la *fonction*, le but économique et social de l'acte⁴⁶, bien loin de la valeur subjective tirée de la pensée française. La cause était donc définie comme la fonction de l'autonomie privée portant sur la totalité de l'acte juridique, présentant un intérêt social et caractérisant le type contractuel. Cette définition a entraîné le contrôle de l'État sur les intérêts des parties appelant une reconnaissance et une protection juridique, dans le respect de la définition d'autonomie privée prévue par l'article 1322 du Code civil italien (« Les parties peuvent déterminer librement le contenu du contrat, dans les limites imposées par la loi »). Ce concept de cause a été suivi fidèlement par la jurisprudence jusqu'à la fin du XX^e siècle, mais il a été sévèrement critiqué par la doctrine⁴⁷. À la suite des théories opposées à l'existence même de la cause, apparurent des théories qui soulignaient la coïncidence absurde entre cause et type licite : le concept de cause devait donc être remplacé. Parmi les propositions qui ont fait long feu, comme par exemple celle d'un retour à la cause de l'obligation, la plus judicieuse reste encore celle qui conserve à la cause un contenu fonctionnel, mais en faisant dépendre ce contenu des intérêts et des buts *concrets* des parties : c'est la cause qui recouvre une fonction économique individuelle⁴⁸. Ce nouveau concept, qui donne une valeur à certains

⁴³ F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milan, 1964 ; ID. *L'ingiustizia del danno*, Rassegna Forense, 2006, p. 905 et s.

⁴⁴ Cass. sect. un., 26 janv. 1971, n° 174 (c'est le cas *Meroni*) : les faits étant les mêmes que le cas *Superga*, la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence par rapport à son arrêt précédent, en déclarant la possibilité de la reconnaissance des dommages-intérêts, dès lors qu'existe une causalité directe, selon les critères étroits posés par le même arrêt, entre le fait du tiers et le préjudice subi par le créancier.

⁴⁵ Cass. sect. un., 22 juill. 1999, n° 500.

⁴⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Turin, 1950, p. 167 et s., 179 et s.

⁴⁷ Selon une opinion influente, « la définition de cause comme fonction cache en soi tout ce qu'il lui faut pour se détruire » : R. SACCO, *La causa*, in *Il contratto*, di SACCO-DE NOVA, Turin, 2016, p. 794.

⁴⁸ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milan, 1966.

intérêts des parties autrefois négligés ou oubliés, a finalement⁴⁹ remplacé l'ancien contenu de la cause jusques et y compris dans les décisions jurisprudentielles⁵⁰.

D. On peut aussi mentionner la question controversée de la définition et des contenus du dommage immatériel, aussi appelé préjudice moral. Là encore, le débat doctrinal est né autour d'une règle législative très ambiguë. L'article 2059 du Code civil italien dispose que : « Le dommage immatériel ne sera réparé que dans les cas établis par la loi ». Un rapport ayant été établi entre l'article 2059 cité et une disposition du Code pénal (art. 185), le préjudice moral ne pouvait, selon une interprétation unanime de la jurisprudence, être réparé que s'il avait été causé par un acte soumis à la loi pénale⁵¹. Par conséquent, le concept de dommage immatériel se bornait à décrire un préjudice *subjectif et transitoire* (*pretium doloris*), qui répondait à un principe directeur reconnaissant à la responsabilité civile une fonction de dissuasion et de punition. La Cour constitutionnelle a été plusieurs fois consultée à propos de la légitimité constitutionnelle de l'article 2059 du Code civil italien : bien qu'elle n'ait jamais accepté l'argument de l'illégalité, elle a indiqué les interprétations possibles de la règle⁵². Le débat⁵³ sur le rapport entre l'article 2059 cité et les principes constitutionnels a en fait résolu le problème de la réparation du préjudice moral, grâce à l'élaboration d'un concept plus profond de dommage immatériel : il s'agit d'un préjudice injuste typique, car il est réparable soit dans les cas spécifiques prévus par le législateur, soit en cas de lésion de droits inviolables de la personne⁵⁴ (tels que : le droit à la santé, les droits de la personnalité, le droit à la vie affective familiale⁵⁵). Après presque trente ans de débat, la jurisprudence⁵⁶ a enfin accepté le remplacement de la vieille et étroite définition de dommage immatériel subjectif et transitoire par le concept, moderne et souple, de préjudice moral, lequel comprend non seulement le préjudice subjectif et transitoire (réparable dans les cas de délit), mais tout préjudice qui découle d'une lésion d'un droit inviolable protégé par la Constitution.

E. Enfin, il faut mentionner les cas des contrats stipulés entre entrepreneurs et consommateurs. Or, non seulement la définition même de consommateur n'a

⁴⁹ Mais on remarquera que la jurisprudence – bien qu'elle n'eût jamais trahi le concept de cause comme fonction économique et sociale – avait cependant réussi à éviter les solutions injustes ou formelles ; ou bien, elle avait dissimulé le nouveau concept de cause derrière la formule traditionnelle. V. à ce propos les réflexions de R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, dirigé par Sacco, Turin, 2004, p. 788 et s.

⁵⁰ Le véritable *leading case* reste : Cass. III civ., 8 mai 2006, n° 10490.

⁵¹ Cour const. 30 juin 1986, n° 184.

⁵² Cour const. 87/79, 88/79 ; Cour const. 30 juin 1986, n° 184, Cour const., 11 juill. 2003, n° 233.

⁵³ Après l'intuition de G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, *Rivista di diritto civile*, 1984, I, p. 155 et s., l'argument portant sur le lien entre la lésion d'un droit fondamental protégé par la Constitution et sa réparation à travers l'article 2059 du Code civil italien a été développée avant tout le monde par C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005. Finalement, la conceptualisation systématique de cet argument a été achevée par E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

⁵⁴ E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale : principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010.

⁵⁵ C'est une liste incomplète : on discute beaucoup du caractère ouvert de l'article 2 de la Constitution, suivant lequel : « La République reconnaît et protège les droits inviolables de l'homme ».

⁵⁶ Cass. sect. un., 11 nov. 2008, n°s 26972/3/4/5.

jamais été considérée comme appropriée⁵⁷ ; mais surtout, les réflexions de la doctrine⁵⁸ ont conduit à reconnaître – dans des situations de marché particulières – une donnée fondamentale, savoir l'asymétrie du pouvoir contractuel des protagonistes, asymétrie qui s'inscrirait dans une catégorie plus large : le contrat asymétrique. Ce concept élargi permet d'englober les contrats conclus entre consommateurs et entrepreneurs (B2C), ainsi que les contrats conclus entre entreprises inégales (B2b).

1.7. L'importance des valeurs constitutionnelles

Dans la plupart des ouvrages récents, l'importance donnée aux valeurs constitutionnelles est grande, certains sujets capitaux de la vie économique, personnelle ou familiale des citoyens ayant été discutés par la doctrine en prenant comme critère premier (et quelquefois unique) de référence la Constitution, dans le but d'élargir des concepts qui autrement seraient restés très limités. Il y a, tout d'abord, les cas analysés ci-dessus, portant sur la notion de *dommage injuste*, interprétée de telle façon qu'elle englobe n'importe quel intérêt de la personne dès lors que celui-ci est reconnu par la Constitution (v. 1.6.B), ou portant sur la notion de *préjudice moral*, largement interprétée et rendant ainsi possible la réparation d'une atteinte à un droit inviolable selon la Constitution (1.6.D).

C'est encore le cas de la **propriété**. Bien que le droit de propriété ait quelque peu souffert de son rattachement au droit privé, ce qui l'a exclu du même coup du catalogue des droits de l'homme, la propriété conserve néanmoins un lien étroit avec la Constitution, qui reconnaît et garantit le droit de propriété aux articles 42, 44, 46, alinéas 2, 3. Cette garantie comporte deux aspects fondamentaux⁵⁹ : la propriété ne peut pas être abolie, et il est prévu que les moyens d'acquisition de la propriété, et le régime d'expropriation, seront établis par la loi⁶⁰.

1.8. L'attention portée aux effets économiques et sociaux des règles du droit civil

Les ouvrages civilistes les plus récents et les plus répandus révèlent, en matière de droit privé, une tendance marquée à la discussion des effets économiques et sociaux, rompant ainsi avec ce qui avait cours jusqu'alors. Cette tendance est liée à de nouvelles interprétations des règles, ainsi qu'à la création de règles entièrement nouvelles. Elle existe en droit patrimonial (A) comme en droit des personnes (B).

⁵⁷ C. AMATO, *Brevi osservazioni riguardo il contributo italiano alla crescita del diritto contrattuale europeo : della nozione di consumatore*, L. ANTONIOLLI-G.A. BENACCHIO-R. TONIATTI (dir.), *Le nuove frontiere della comparazione*, Atti del Primo convegno nazionale SIRD, Trento, 2012, p. 309 et s.

⁵⁸ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, Rivista di diritto privato, 2007, p. 669 s. ; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di poter contrattuale : genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, Il contratto del duemila, Torino, 2002, p. 26 et s. Du même avis : C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione delle direttive comunitarie in Italia e nel Regno Unito*, Milan, 2003, p. 477 et s.

⁵⁹ U. NATOLI, *La proprietà*, rééd. Milan, 1980, p. 40 et s.

⁶⁰ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Trattato Cicu-Messineo (dir.), Milan, 1995, p. 106.

A.1. Concernant le droit patrimonial, l'État, encouragé par la Constitution, joua un rôle actif dans l'économie italienne des années 60 jusqu'aux années 80 (art 41, al. 1 et 2 Const.). À l'époque actuelle, et dans une Union européenne qui a pour objectif de promouvoir les principes du marché compétitif et de l'autonomie privée, l'État se conduit désormais comme un organisme de régulation du marché destiné à soutenir l'économie compétitive. Le débat doctrinal, aujourd'hui, porte sur les règles de conduite imposées aux entrepreneurs, ainsi que sur leurs caractères et leurs limites. Dans ce nouveau cadre, la doctrine étudie attentivement les raisons et les effets – économiques et sociaux – d'une politique visant à la protection du consommateur⁶¹ ou à la réglementation des contrats d'entreprise⁶². L'effort actuel de la doctrine se concentre sur la création de catégories juridiques nouvelles : le « contrat asymétrique »⁶³ et le « troisième contrat »⁶⁴.

A.2. S'il est un sujet qui a donné à la doctrine beaucoup d'occasions pour réfléchir aux effets économiques et sociaux des règles, c'est celui de la responsabilité civile délictuelle. Comme l'on a vu ci-dessus (par. 1.6.B), la notion élargie de préjudice injuste et l'interprétation constitutionnelle de dommage immatériel ont provoqué un bouleversement des situations dans lesquelles les règles de responsabilités ont permis d'indemniser des préjudices qui, autrement, seraient restés à la charge des victimes.

A.3. Il faut ici ajouter que les réflexions de la doctrine sur les *fonctions*⁶⁵ de la responsabilité délictuelle portent spécifiquement sur les principes directeurs de l'ordre juridique interne, et donc aussi sur leurs effets : les auteurs ont bien conscience que le problème de la réparation d'une valeur personnelle implique des conséquences économiques et sociales⁶⁶. S'agissant de l'importance de l'indemnisation, laquelle est assurément caractéristique de la responsabilité délictuelle, les réflexions portent sur l'existence ou l'ampleur du principe de « réparation intégrale »⁶⁷, aussi bien que sur son fondement constitutionnel. La question de la valeur dissuasive des règles de responsabilité civile occupe aussi

⁶¹ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012 ; E. GUERINONI, *I contratti dei consumatori : principi e regole*, Turin, 2011 ; G. VETTORI (dir.), *Codice del consumo. Commentario*, Padoue, 2007 ; C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione delle direttive comunitarie in Italia e nel Regno Unito*, Milan, 2003.

⁶² S. PATTI, *I contratti di impresa : caratteristiche e disciplina*, *Obbligazioni e contratti*, 2010, 5, p. 326 et s. ; P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milan, 2006.

⁶³ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico ?* *Il Corriere giuridico*, 2009, p. 267 et s.

⁶⁴ La définition est de R. PARDOLESI, Préface : G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Turin, 2004, p. XIII et s. ; G. GITTI-R. VILLA (dir.), *Il terzo contratto*, 2008 ; R. FRANCO, *Il terzo contratto : da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padoue, 2010.

⁶⁵ P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, *Rassegna di diritto civile*, 2011, p. 115 et s. ; E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 500 et s.

⁶⁶ V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*, *Danno e responsabilità*, 2015, p. 894 et s.

⁶⁷ G. PONZANELLI, *La III Sezione : tabelle, risarcimento integrale, voci di danno*, *Danno e responsabilità*, 2015, p. 1141 et s.

la doctrine, notamment pour tout ce qui touche à la responsabilité du fabricant d'un produit défectueux⁶⁸. C'est enfin et surtout la question des astreintes et des dommages punitifs qui a suscité un débat nourri. Le raison d'être de ce débat, c'est le souhait que soit introduit, dans le système juridique italien, un principe nouveau – la fonction punitive de la responsabilité civile – principe avec lequel le juriste italien ne se sent pas à l'aise, la fonction punitive étant l'attribut exclusif de la sanction pénale⁶⁹. Les enjeux de ce débat concernent principalement, aujourd'hui, la transmissibilité *iure hereditatis* des dommages immatériels pour cause de mort (*danno tanatologico*)⁷⁰.

Le champ du droit privé de la personne n'est pas tout à fait étranger aux questions politiques et sociales. Au lendemain de la loi *Cirinnà* (L. 20 oct. 2016, n° 76), les unions civiles ont fait naître des réflexions destinées à définir un nouveau modèle de famille et à s'interroger sur le fondement constitutionnel de ce nouveau modèle⁷¹.

1.9. Le rôle attribué aux règles déontologiques, et en particulier à la bonne foi

On peut affirmer que la bonne foi, en tant que critère déontologique de conduite, reste le principe fondamental d'interprétation et de reconstruction systématique des normes. Dans le droit privé patrimonial, il est au fondement même de toutes les conventions, depuis leur création (art. 1175, 1328, 1337, 1338 C. civ. It.) jusqu'à la résolution des actes juridiques (art. 1460, 1461 C. civ. It.), en passant par leur interprétation (art. 1366 C. civ. It.) et leur exécution (art. 1358, 1375, 1391 C. civ. It.). Par ailleurs, beaucoup de réglementations spéciales⁷² (et qui parfois même trouvent leur source dans la législation européenne⁷³) ont introduit ce principe de conduite en tant que critère d'appréciation de la validité des actes

⁶⁸ U. CARNEVALI, "Produttore" e responsabilità per danno da prodotto difettoso nel codice del consumo, Responsabilità civile e previdenza, 2009, p. 1938 et s.

⁶⁹ La Cour de Cassation a reconnu une ouverture aux dommages punitifs : Cass. Sez.Un. 05.07.2017, n° 16601 : C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, Corriere giuridico, 2016, p. 912 et s. ; A. VENCHIARUTTI, *Le « astreintes » sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i « punitive damages » ?*, Responsabilità civile e previdenza, 2015, p. 1899 et s.

⁷⁰ La Cour de cassation a récemment cassé un arrêt contraire, et a confirmé en chambres réunies l'impossibilité conceptuelle d'un droit à la réparation d'un tel dommage et sa transmissibilité aux héritiers, consacrant ainsi une opinion dominante de la doctrine, selon laquelle la transmissibilité du préjudice de perte de la vie aurait une fonction punitive inacceptable : v. note 17.

⁷¹ F.D. BUSNELLI, Introduzione al volume : M. GORGONI (dir.), *Unioni civili e convivenze di fatto*, Milan, 2016.

⁷² C'est le cas de la loi qui régit le franchising (art. 4, 6, 8). C'est encore le cas de la L. 18.06.1998, n° 182, qui régit la sous-traitance : l'art. 9 introduit le concept d'abus de dépendance économique.

⁷³ Voir par ex. le contrôle des clauses abusives : dir. 93/13/CE transposée dans le Code de la consommation lequel prévoit, à l'article 36, la nullité d'une clause jugée comme abusive malgré la bonne foi du professionnel. Voir aussi la question des pratiques commerciales déloyales définies dans le Code de la consommation, art. 18 et s. Enfin, on peut reconnaître la même inspiration à une conduite de bonne foi aux directives sur le retard dans les paiements commerciaux, concernant les contrats B2b.

juridiques. Il est quelquefois employé comme un critère d'interprétation⁷⁴ ou même de rectification de l'acte juridique⁷⁵. D'autres fois, on s'en sert comme d'une clause générale, source autonome d'obligations et de droits⁷⁶.

1.10. La place accordée aux sources étrangères

Les ouvrages civilistes récents font tous, bien entendu, une place aux sources institutionnelles européennes que sont la CEDH et la Charte de Nice. C'est tout spécialement le cas des ouvrages relatifs au droit privé européen des contrats⁷⁷ et à la responsabilité civile⁷⁸. On mentionne aussi les sources étrangères, quand elles émanent d'un modèle juridique reconnu. Les modèles juridiques et doctrinaux qui se sont acquis une certaine réputation suscitent souvent la curiosité et le débat. Il suffit de penser, par exemple, aux contrats des consommateurs et aux contrats des entreprises inspirés de sources non nationales (v. 1.8.A.1). On peut également citer la littérature juridique abondante consacrée aux Principes européens, tant en matière contractuelle⁷⁹ qu'en matière délictuelle⁸⁰. En particulier, la doctrine privatiste a formulé certaines réflexions à propos des principes de *proportionnalité* et de *subsidiarité* dont le moins qu'on puisse dire est qu'elles n'étaient pas négligeables⁸¹.

La *justice* est, quant à elle, un sujet qui revient très souvent parmi les préoccupations de la doctrine dédiée au droit patrimonial. On pense notamment à tous les travaux portant sur le contrat asymétrique (v. par. 1.8.A.1), sur la justice contractuelle⁸² et sur la responsabilité délictuelle⁸³.

⁷⁴ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Trattato Cicu Messineo (dir.), XVI, t. I, Milan, 1974.

⁷⁵ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Turin, 2006, p. 257 et s.

⁷⁶ C. CASTRONOVO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, Eur. Rev. Priv. Law, 2009, p. 559 et s.

⁷⁷ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Turin, 2015 ; AA. VV., *Manuale di diritto privato europeo* : C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (dir.), vol. I-III, Milan, 2007.

⁷⁸ M. SERIO, *La responsabilità civile in Europa : prospettive di armonizzazione*, Europa e diritto privato, 2014, p. 327 et s.

⁷⁹ E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milan, 2007 ; C. CASTRONOVO (dir.), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I, II, Milan, 2001 ; ID. (dir.), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte III, Milan, 2005 ; V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti : per un approccio costruttivamente critico*, Europa e diritto privato, 2004, p. 439 et s.

⁸⁰ F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, Rivista di diritto civile, 2009, p. 287 et s.

⁸¹ L. ANTONIOLLI DE FLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo : competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Trento, 1996, p. 65 et s. ; C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milan, 2003, p. 18 et s.

⁸² E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, Rivista di diritto civile, 2006, p. 420 et s.

⁸³ F.D. BUSNELLI, *Può la solidarietà sopravvivere al mercato ? Riflessioni a margine de « La compravendita » di Angelo Luminoso nel giorno della solenne consegna del « liber amicorum »*, Rivista giuridica sarda, 2013, p. 89 s.