



ASSOCIATION  
**HENRI CAPITANT**  
DES AMIS DE LA CULTURE  
JURIDIQUE FRANÇAISE

**JOURNEES ITALIENNES**

**Turin et Côme**

**22 au 26 mai 2017**

**Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif**

Rapport italien relatif au thème n°1

**Droit civil**

Cristina Amato

Université de Brescia

# Questionnaire relatif au thème «valeurs, intérêts, concepts dans l'interprétation du droit civil positif»

Cristina Amato

Université de Brescia

(Avant-projet, non indiqué pour la publication)

## I Partie

*Pour répondre aux questions de la première partie, j'ai fait une recherche en utilisant une banque de données juridique spécialisée (dejure), selon les critères suivants :*

*La recherche jurisprudentielle a été élargie aux derniers 30 ans ; les domaines du droit ont été choisis sur des échantillons, sur la base de l'expérience de mes études, au fin de satisfaire les questions posées, et utilisant les mots-clefs suivants : propriété, personne, droits de la personnalité, contrats, bonne foi, cause du contrat, dommages immatériels, préjudice personnel. Dans les parenthèses j'ai proposé seulement les arrêts les plus récents.*

### quel est le rôle des principes constitutionnels (liberté, égalité, solidarité, dignité humaine...) dans la motivation des arrêts civils des cours suprêmes ?

#### 1.1 Sont mentionnés les articles de la constitution en vigueur

Le rôle des principes constitutionnels se révèle fondamentale dans les domaines les plus représentatifs du droit privé.

A. Pour ce qui est des **droits propriétaires**, les articles de la Constitution en vigueur mentionnés par les cours suprêmes visent à la protection de la propriété selon sa *fonction sociale* (arts. 41, 42), et à relancer rapports sociaux *équitable*s (arts. 3, 44 Const.) : Cassazione civile sez. II, 24/01/2013n. 1753; Cassazione civile sez. II, 07/10/2008, n. 24769; Cassazione civile sez. III, 27/08/1999, n. 8997; Cassazione civile sez. un., 21/05/2007, n. 11667; Cassazione civile sez. I, 22/07/2015, n. 15367; Cassazione civile sez. I, 14/12/2007, n. 26275; Cassazione civile sez. I, 27/02/1992, n. 2421; Cassazione civile sez. II, 18/04/1987, n. 3872; Cassazione civile sez. un., 01/02/2017, n. 2611

B. Les **droits de la personne** représentent le domaine le plus riche de rapports serrés entre les arrêts des cours suprêmes et la Charte Constitutionnelle, visant à protéger les droits fondamentaux. C'est le cas du **droit au nom**, dans les hypothèses différentes du droit du mineur au nom de la mère ajouté au nom

du père (Cassazione civile sez. I, 11/09/2015, n. 17976), ou de la constatation de paternité (Cassazione civile sez. I, 02/10/2015, n. 19734) : l'intérêt des mineurs et sa *dignité* (reconnu par l'art. 2 Const.) étant le principe directeur. C'est le cas du **droit à l'image**, soit qu'il se traduise dans une lésion de la réputation (Cassazione civile sez. III, 27/08/2015, n. 17211), où la motivation des juge concerne *l'équilibre des intérêts protégés (dignité de la personne et droit à l'information, arts 2 et 21 Const.)*; soit u'il concerne les *droits de liberté économiques* contre l'utilisation illégitime de l'image (Cassazione civile sez. I, 29/01/2016, n. 1748). Ce sont encore les multiples situations concernant la *dignité de la personne* dans les cas de : *a)* modification des caractères sexuelles et rectifications des données anagrafiques (Cassazione civile sez. I, 20/07/2015, n. 15138; Cassazione civile sez. I, 13/05/2015, n. 9785) ; *b)* violation de l'honneur, à travers la publication des écoutes téléphoniques qui dénoncent l'orientation sexuelle d'un des prévenus (Cassazione civile sez. III, 10/10/2014, n. 21404) ; *c)* détention illégitime de données sensibles (Cassazione civile sez. I, 19/05/2014, n. 10947), aussi que le droit d'accès aux banques de données tabulaire téléphoniques (Cassazione civile sez. I, 28/01/2016, n. 1625); *d)* publication illégitime et diffamatoire de renseignements à propos d'une prétendu fraude fiscale (Cassazione civile sez. un., 25/02/2016, n. 3727, *Mediaset v. Espresso*) ; *e)* publication illégitime de renseignements (Cassazione civile, sez. III, 06/06/2014, n. 12834). Ce sont encore les différents situations familiales : *a)* les **unions homosexuelles**, pour lesquelles même que la jurisprudence n'ait pas reconnu un droit au mariage, elle a toutefois admis la transcription du mariage contracté à l'étranger en vertu des *principes de égalité, liberté individuelle et solidarité familiale* : arts. 2, 3, 10 (respect des traités internationaux), 29 (reconnaissance des droits de la famille, société naturelle), 30, 13 (droit à la liberté individuelle) Const. (Cassazione civile sez. I, 15/03/2012, n. 4184 ; Cassazione civile sez. I, 22/06/2016, n. 12962). La Cassation a encore admis l'adoption de l'enfant du conjoint dans un couple homosexuel (Cassazione civile sez. I, 09/02/2015, n. 2400) ; ou bien elle a souligné l'illégitimité de la dissolution du mariage (divorce imposé) suite à modification du sexe d'un des partenaires du couple (Cassazione civile sez. I, 06/06/2013, n. 14329 ; Cassazione civile sez. I ; 22/06/2016, n. 12962).

- C. Dans le domaine du **droit patrimonial**, la Cassation a rapporté le **préjudice injuste** ('danno ingiusto') à la *solidarité et dignité humaine* (Cassazione civile sez. un., 22/12/2015, n. 25767). A ce propos, un thème très disputé aujourd'hui c'est celui de la transmissibilité des dommages aux victimes secondaires pour la perte de la vie de la victime d'un accident ('danno tanatologico'). La Cassation a confirmé sa position, contraire à la réparation des dommages aux victimes secondaires pour la perte de la vie de la victime d'un accident, au moins dans les cas où la victime est décédée aussitôt. Bien que l'art. 2 Const. protège la vie en tant que droit fondamental, et relance le *principe de solidarité*, il serait quand même contraire à la conscience sociale l'enrichissement des membres de la famille, car dans ces situations la

responsabilité civile recouvrerait une fonction punitive inacceptable dans le système juridique italien (Cassazione civile sez. un., 22/07/2015, n. 15350). Dans le domaine des **dommages immatériels**, la Cassation a démontré dans nombreuses occasions le fondement constitutionnel de leurs réparation, selon le préjudice subi par la victime : *a)* dans les cas de rétrogradation de l'employé, on a cité la dignité humaine (arts. 2, 35), l'égalité (art. 3 Const.), et la liberté économique (art. 41 Const.) (Cassazione civile sez. lav., 19/02/2016, n. 3291) ; *b)* dans les cas de réparation des dommages immatériels à la victime d'une naissance non voulue, causée par un mauvais diagnostic du médecin, on a cité les principes de *égalité et solidarité familiale*, voir les arts. 3, 29, 30, 31 Const. (Cassazione civile sez. III, 02/10/2012, n. 16754 : c'est le célèbre arrêt rendu par M. Travaglino, inspiré par l'arrêt Perruche; Cassazione civile sez. III, 07/10/2016, n. 20206 ; Cassazione civile sez. III, 20/10/2016, n. 21230; Cassazione civile sez. III, 13/12/2016, n. 25486; Cassazione civile sez. III, 11/06/2009, n. 13530, un cas de pédophilie).

**D. Consommateur et pratiques déloyales** : il s'agit de domaines spécifiques du droit patrimonial pour lesquels la Cassation souligne encore une fois le fondement constitutionnel. C'est le cas du **for du domicile du consommateur**, au nom des *principes d'égalité et protection du droit de défense* : arts. 3, 24, 25 Const. (Cassazione civile sez. III, 26/09/2008, n. 24257; Cassazione civile sez. III, 05/06/2007, n. 13083; Cassazione civile sez. I, 21/05/2008, n. 13051; Cassazione civile sez. III, 12/12/2008, n. 29276 ; Cassazione civile sez. III, 26/09/2008, n. 24257). C'est le cas de l'arrêt contre les **pratiques commerciales déloyales** des assurances pour prix d'entente, portant sur les *principes d'égalité* : art. 3 Const., *libertés économiques* (des consommateurs) : art. 41 Const., et de *protection du droit de défense* : art. 24 Const. (Cassazione civile sez. trib., 04/11/2009, n. 23381; Cassazione civile sez. III, 02/02/2007, n. 2305 ; Cassazione civile sez. I, 28/05/2014, n. 11904).

**E. La bonne foi** en tant que **principe général des obligations** a lui aussi une reconnaissance constitutionnelle très précise, au nom des principes de *liberté économique et dignité*, art. 41 Const. (Cassazione civile sez. lav., 20/09/2016, n. 18409 ; Cassazione civile sez. lav., 08/08/2016, n. 16626 ; Cassazione civile sez. lav., 07/04/2016, n. 6775 ; Cassazione civile sez. lav., 20/06/2016, n. 12668 ; solidarité : Cassazione civile sez. I, 09/08/2016, n. 16827 ; Cassazione civile sez. I, 12/07/2016, n. 14188 ; Cassazione civile sez. III, 17/01/2017, n. 929 ; Cassazione civile sez. lav., 25/05/2016, n. 10852 ; Cassazione civile sez. II, 07/11/2016, n. 22574. C'est encore la **bonne foi en tant que clause générale qui inspire la responsabilité précontractuelle** qui trouve dans la Constitution son fondement, notamment au nom des *principes de solidarité* : art. 2 Const. (Cassazione civile sez. III, 24/04/2015, n. 8412 ; Cassazione civile sez. VI, 03/04/2013, n. 8170 ; Cassazione civile sez. I, 12/07/2016, n. 14188; Cassazione civile sez. un., 06/05/2016, n. 9140; Cassazione civile sez. un., 19/12/2007, n. 26724-5), *d'égalité* : art. 3 Const. (Cassazione civile sez. I, 19/09/2016, n. 18299 ; Cassazione civile sez. lav., 02/05/2016, n. 8604 : selon cet arrêt, la confiance légitime – principe directeur de la responsabilité précontractuelle - trouve son fondement dans le principe de *égalité*) ; de *solidarité et de fonction sociale de la liberté économique* : art. 42 Const. (Cassazione civile sez. III, 18/09/2009, n. 20106), meme s'il sagit de contrats stipulés avec l'autorité publique. art. 97 Const. (Cassazione civile sez. I, 21/11/2011, n. 24438 ; Cassazione civile sez. lav., 28/11/2008, n. 28456), Et encore, c'est la **bonne foi en tant que critère d'interprétation du contrat** qui trouve son fondement dans la *solidarité* : art. 2

Const. (Cassazione civile sez. III, 28/02/2012, n. 3000 ; Cassazione civile sez. I, 13/07/2007, n. 15669 ; Cassazione civile sez. I, 09/02/2007, n. 2878 ; Cassazione civile sez. lav., 07/10/2008, n. 24733 ; Cassazione civile sez. un., 13/09/2005, n. 18128 ; Cassazione civile sez. III, 06/05/2015, n. 9006 ; Cassazione civile sez. III, 22/10/2014, n. 22343); ou dans la fonction sociale de la liberté économique : art. 41 Const. (Cassazione civile sez. III, 01/04/2011, n. 7557 ; Cassazione civile sez. III, 18/09/2009, n. 20106 ; Cassazione civile sez. lav., 02/07/2009, n. 15500 ; Cassazione civile sez. lav. ; 14/04/2008, n. 9813 ; Cassazione civile sez. I, 09/02/2007, n. 2878). Enfin, c'est la **bonne foi, en tant que principe d'exécution du contrat** qui trouve encore son ancre dans le principe constitutionnel de solidarité : art. 2 Const. (Cassazione civile sez. III, 17/01/2017, n. 929 ; Cassazione civile sez. I, 09/08/2016, n. 16827 ; Cassazione civile sez. I, 12/07/2016, n. 14188; Cassazione civile sez. lav., 25/05/2016, n. 10852; Cassazione civile sez. lav., 13/01/2017, n. 797); ou bien dans le principe de liberté économique et dignité : art. 41 Const. (Cassazione civile sez. lav., Data: 20/09/2016, n. 18409 ; Cassazione civile sez. lav., 08/08/2016, n. 16626 ; Cassazione civile sez. lav., 20/06/2016, n. 12668).

## 1.2 Sont mentionnés les décisions des cours (conseils) constitutionnelles

Les décisions de la 'Corte Costituzionale' sont mentionnées très souvent dans les domaines suivants :

**A. Propriété** (Cassazione civile sez., 07/10/2008, n. 24769 ; Cassazione civile sez. I, 09/10/2013, n. 22923; Cassazione civile sez. II, 12/11/2015, n. 23130; Cassazione civile sez. I, 14/12/2007, n. 26275; Cassazione civile sez. I, 27/02/1992, n. 2421.

**B. Droits de la personne en générale** (Cassazione civile sez. I, 20/07/2015, n. 15138 ; Cassazione civile sez. un., 25/02/2016, n. 3727 ; Cassazione civile sez. III, 06/06/2014, n. 12834; Cassazione civile sez. I, 28/01/2016, n. 1625) ; dans les unions homosexuelles (Cassazione civile sez. I, 22/06/2016, n. 12962: adoption de l'enfant du conjoint dans un couple homosexuel ('stepchild adoption': Cassazione civile sez. I, 15/03/2012, n. 4184) ; la transcription du mariage homosexuel contracté à l'étranger (Cassazione civile sez. I, 15/03/2012, n. 4184); Cassazione civile sez. I, 30/09/2016, n. 19599) ; la protection des enfants aux cas de maternité de substitution dans les unions homosexuelles (Cassazione civile sez. I, 09/02/2015, n. 2400) ; l'illégitimité de la dissolution du mariage (divorce imposé) suite à modification du sexe d'un des partenaires du couple (Cassazione civile sez. I, 06/06/2013, n. 14329 ; Cassazione civile sez. I; 22/06/2016, n. 12962).

**C. Droit patrimonial**, tel que la transmissibilité des dommages aux victimes secondaires pour la perte de la vie de la victime d'un accident (Cassazione civile sez. un., 22/07/2015, n. 15350 ; les dommages immatériels : Cass. III civ., 13/11/2014 n. 24201 ; Cassazione civile sez. III, 07/10/2016, n. 20206 le préjudice de rétrogradation de l'employé (Cassazione civile sez. lav., 19/02/2016, n. 3291) ; les **dommages à caractère punitif**: (Cassazione civile sez. III, 17/09/2013, n. 21255, CIR-FININVEST) ; la **bonne foi en tant que principe générale des obligations** (Cassazione civile sez. lav., 10/08/2016, n. 16897) ; la **bonne foi en tant que principe d'interprétation du contrat** (Cassazione civile sez. Un., 13/09/2005, n. 18128). Dans les cas de

**préjudice injuste** souvent la Cour de Cassation cite les cours étrangères : c'est le cas de la Cour allemande et de la cour suprême des états unis (Cassazione civile sez. un., 22/12/2015, n. 25767).

### **1.3 Sont mentionnés les décisions des valeurs constitutionnelles des cours européennes et en particulier de la cour européenne des droits de l'homme**

Les valeurs constitutionnelles des Cours Européennes sont de plus en plus mentionnées dans les décisions des Cours Suprêmes. On le constate dans le domaine de propriété, à propos d'immissions intolérables (Cassazione civile sez. I, 12/07/2016, n. 14180), et du droit à une juste indemnité dans les cas d'expropriation (Cassazione civile sez. I, 14/12/2007, n. 26275). On le constate aussi dans les cas des **droits de la personne**, concernant la modification des caractères sexuelles et la rectification des données personnelles (Cassazione civile sez. I, 20/07/2015, n. 15138, qui cite les arts. 1 et 3 Charte de Nice, les arts. 8 et 14 CEDH ; Cassazione civile sez. un., 25/02/2016, n. 3727, qui cite l'art. 10, para. 2 CEDH ; Cassazione civile sez. III, 06/06/2014, n. 12834, Cassazione civile sez. I, 29/01/2016, n. 1748 qui citent l'art. 8 CEDH); et encore le traitement illégale de données personnelles (Cassazione civile sez. III 19/07/2016 n. 14694, qui cite l'art. 21 cost., 10 CEDH, et l'art. 11 Charte de Nice). On le constate surtout **pour les unions homosexuelles**, en ce qui concerne : *a*) l'adoption de l'enfant du conjoint (Cassazione civile sez. I, 22/06/2016, n. 12962, où la Cour cite la Convention de New York, et la convention de Strasbourg); *b*) la transcription du mariage contracté à l'étranger (Cassazione civile sez. I, 15/03/2012, n. 4184, où la Cour cite les arts. 9, 21 Charte de Nice, l'art. 12 CEDH, l'art. 16 Déclaration universelle des droits de l'homme, et notamment elle cite aussi la Cour CEDH : arrêt 24 Juin 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*); *c*) la protection des enfants aux cas de maternité de substitution dans les unions homosexuelles (Cassazione civile sez. I, 30/09/2016, n. 19599, qui cite l'arrêt de la Cour CEDH 14 Janvier 2016, *Mandet c. Francia*); *d*) la question du droit au mariage (Cassazione civile sez. I, 09/02/2015, n. 2400, qui cite les art. 12, droit au mariage, 14, interdiction de discrimination CEDH, les arts. 9, Droit de se marier et droit de fonder une famille, et 21, Non-discrimination, Charte de Nice ; la Cour CEDH dans l'arrêt 27 Juillet 2015, *Oliari c. Italia* ) ; *e*) le problème de la dissolution du mariage et du divorce imposé aux cas de modification su sexe (Cassazione civile sez. I, 06/06/2013, n. 14329, qui dénonce le contraste avec les arts. 8, 12 CEDH, et avec les arrêts Cour CEDH *Schalk e Kopf c. Austria*, *H. c Finlandia* 13 Novembre 2012). On le constate encore dans les cas de transmissibilité aux victimes secondaires du droit à la réparation aux dommages pour la perte de vie de la victime d'un accident, au moins dans les cas où la victime est décédée aussitôt ('danno tanatologico'). Dans un cas, la Cassazione a donné une importance énorme à l'applicabilité directe ou indirecte de la CEDH (Cassazione

civile sez. lav., 20/07/2016 n. 14940). On le constate, enfin, dans les cas où le principe d'effectivité des moyens de droit soit soulevé (CIR-FININVEST, Cassazione civile sez. III, 17/09/2013, n. 21255: référence à l'art. 6 CEDH ; Cassazione civile sez. III, 17/01/2017, n. 929 ; Cassazione civile sez. lav., 11/03/2016, n. 4867, qui cite les arts. 6 a. 1 CEDH, 47 a. 2 Charte de Nice; voir aussi Cassazione civile sez. III, 17/01/2017, n. 929).

#### **1.4 Sont mentionnés les principes constitutionnels sans citations ponctuelles**

Les citations non ponctuelles des principes constitutionnels ne sont pas fréquentes. Dans le domaine de la **propriété**, on peut citer les cas de: expropriation, occupation du sol piratée (Cassazione civile sez. I, 09/10/2013, n. 22923); ou bien des droits volumétriques et 'ius aedificandi' (Cassazione civile sez. II, 12/11/2015, n. 23130). Dans le domaine des **droit de la personne**, il y a des arrêts relatifs au consentements éclairé (Cassazione civile sez. III, 12/06/2015, n. 12205). Quelques arrêts à propos des Dommages corporels (Cassazione civile sez. III, 13/12/2016, 25486) ou de la déraisonnable durée du procès (Cassazione civile sez. VI, 26/01/2017, n. 2028) ne mentionnent pas explicitement les principes constitutionnels.

#### **1.5 Ne sont pas mentionnés ni les articles de la constitution, ni les décisions constitutionnelles, ni les principes, mais les références à eux sont implicites et peuvent être saisie en transparence.**

Il est surprenant comment la possibilité que les cours suprêmes fassent des références implicites à la constitution ou aux décisions constitutionnelles soit constante. Dans le domaine de la **propriété**, il arrive que les questions de procédure soient motivées selon des références implicites. Dans le domaine des **droits de la personne et de la personnalité**, et en particulier dans les cas de diffamation (Cassazione civile sez. III, 10/10/2014, n. 21404 ; Cassazione civile sez. III, 17/06/2016, n. 12522 ; Cassazione civile sez. I, 31/10/2016, n. 22042), ou bien de traitement illégale de données à caractère personnel (Cassazione civile sez. III, 26/05/2016, n. 10897 ; Cassazione civile sez. VI, 05/09/2014, n. 18812), la 'Cassazione' semble faire une référence implicite aux arts. 21, 33, 9, Const., dans les cas où le droit d'expression, même artistique, et la promotion de la culture soient les enjeux du cas. On trouve encore des motivations avec une référence implicite aux principes constitutionnels dans les cas de 'danno tanatologico' (Cassazione civile sez. III, 20/02/2015, n. 3374; Cassazione civile sez. lav.,

16/10/2014, n. 21917; Cassazione civile sez. III, 05/12/2014, n. 25731; Cassazione civile sez. III, 10/05/2016, n. 9367), aussi bien que dans les différents cas concernant les dommages corporels qui aboutissent dans une invalidité totale (Cassazione civile sez. III, 21/09/2015, n. 18494; Cassazione civile sez. III, 22/09/2015, n. 18611; Cassazione civile sez. III, Data: 22/09/2015, n. 18610; Cassazione civile sez. III, 30/07/2015, n. 16197; Cassazione civile sez. III, 14/07/2015, n. 14642 ; Cassazione civile sez. III, 05/12/2014, n. 25733; Cassazione civile sez. III, 13/06/2014, n. 13537 : cet arrêt exclue la possibilité de la ‘compensation lucre cum dano’); Cassation civile suez. III, 28/06/2012, n. 10853 ; Cassation civile suez. III, 16/03/2012, n. 4253 (victimes secondaires : arts 29, 30, 31 Costa.) ; Cassation civile suez. III, 10/05/2016, n. 9367 ; Cassation civile civ.. III, 29/02/2016, n. 3893, ‘Scarano’, à propos de l’invalidité totale d’un enfant à la naissance; Cassazione civile sez. III, 27/10/2015, n. 21782 ; Cassazione civile sez. III, 14/10/2015, n. 20615 ; Cassazione civile sez. VI, 12/12/2016, n. 2532, à propos d’un accident du travail ; Cassazione civile sez. III, 14/06/2016, n. 12146; Cassazione civile sez. III, 16/06/2016, n. 12397; : Cassazione civile sez. III; 26/05/2016; n. 10897; Cassazione civile sez. III, 07/02/2017, n. 3121; Cassazione civile sez. III, 10/01/2017, n. 243 : cas de responsabilité médicale pour violation de l’obligation d’information). Finalement, dans les cas concernant le pratiques commerciales déloyales la ‘Cassazione’ a évité la référence explicite à l’art. 41 Const., comme il l’avait bien fait dans les cas mentionné au par. 1.1. D. (Cassazione civile sez. III, 18/12/2009, n. 26750 ; Cassazione civile sez. III, 18/12/2009, n. 26748 ; Cassazione civile sez. III, 18/12/2009, n. 26749; Cassazione civile sez. I, 30/05/2014, n. 12186: il s’agit des affaires pour des pratiques commerciales déloyales pour prix d’entente).

## **2) Est-il habituel de rappeler et souligner explicitement les principes/valeurs constitutionnelles dans les arguments que les parties offrent devant les cours civils suprêmes ?**

### **2.1 Si Vrai, comment ?**

Il est tout à fait habituel de rappeler et souligner explicitement le principes/valeurs constitutionnelles dans les arguments que les parties offrent devant les cours civils suprêmes. Ces références sont faites avec des argumentations très précises aux articles où les principes et valeurs sont contenus. En fait, et pour ce qui concerne la Cour Suprême de Cassation, c’est



presque toujours vrai que c'est la motivation de la Cour qui cite les argumentations proposées par les parties : parfois elle les accepte, souvent sans aucune modification ; parfois elle les réfute, en donnant des arguments contraires.

### **3) quel est le rôle des critères de jugement comme le principe de proportionnalité dans la motivation des arrêts civils des cours suprêmes ?**

Le principe de proportionnalité n'est jamais explicitement présent dans la motivation des arrêts civils.

### **4) quel type d'analyse est dédié aux intérêts concrets en dispute ?**

Dans certaines situations, soit dans le domaine du droit des personnes soit dans le domaine du droit patrimonial, les intérêts concrets des parties sont analysés par les juges d'une manière *détaillée*. Il s'agit de situations, pas régulières, et pourtant fréquentes, où la Cour Suprême de Cassation a démontré honnêteté interprétative et dogmatique, et qui ont abouti à solutions équitables.

A. Parfois elle embrasse les interprétations proposées par la doctrine ou par la jurisprudence internationale, et par conséquent l'analyse détaillée des intérêts des parties n'est qu'un effort applicatif d'une théorie déjà expliquée ailleurs. C'est le cas – illustré au par. 8.4.C - de la définition renouvelée de cause : dans les plusieurs situations où la Cassazione a accepté la théorie de la *cause concrète*, la décision ne pouvait pas être prise que en considérant les véritables intérêts cachés d'une ou des parties. La même considération peut être proposée pour ce qui concerne la théorie des liaisons entre différents contrats, dans le crédit à la consommation. Après l'intervention de la législation européenne et de la Cour de Justice de l'Union Européenne<sup>1</sup>, la Cassation est aboutie à une définition de 'pacte exclusif' (entre les deux professionnels : vendeur et établissement financier) ayant une source légale (l'art. 124, a. 3, d.lgs. 01/09/ 1993, n. 385 ('Testo unico bancario', aujourd'hui remplacé par l'art. 121, c. 1, lett.d) et dont l'existence ne doit pas être donc démontrée par le consommateur<sup>2</sup>. Grace à cette interprétation, les intérêts des parties sont bien dévoilés, et la protection du consommateur achevée.

---

<sup>1</sup> CJUE, 23/04/2009, C- 509/07

<sup>2</sup> Cass. 29/09/2014, n. 20477; Cass. 30/09/2015, n. 19522 Cass. 27/07/2016, n. 19000.

**B.** Parfois la Cour de Cassation a elle-même créé des catégories juridiques tout à fait nouvelles, et approuvées par la doctrine, au seul but de chercher et satisfaire les intérêts réels d'une ou des parties. C'est le cas de la théorie de la 'presupposizione', inspirée de la 'frustration' anglaise, selon laquelle la disparition ou le changement profond d'une condition implicite du contrat, commune aux contractants, rend le contrat sans effet<sup>3</sup>. Il s'agit d'un instrument interprétatif de répartition du risque entre les parties dans les hypothèses de bouleversement de l'économie contractuelle fondé sur l'analyse détaillée des intérêts des parties.

**C.** Dans le domaine des droits des personnes, les intérêts des parties sont *très souvent* analysés d'une manière *détaillée*. Comme l'on a vu dans les paragraphes précédents, l'intérêt du mineur, la dignité de la personne et la protection de son corps, les intérêts de la famille ont toujours préoccupés les cours Suprêmes :

- la cour de Cassation, qui a créé la catégorie nouvelle du dommage à la santé de la personne (suivie et appuyée par la doctrine et la jurisprudence suivante), à protection non seulement du corps mais aussi de la dignité et de la santé de l'homme, en tel que droits fondamentaux, sans considération de leurs implications économiques<sup>4</sup>;
- la Cour Constitutionnelle, qui a démontré une attention forte aux intérêts de la famille traditionnelle et des couples homosexuelles<sup>5</sup>.

### **5) quelle considération les Juges civils suprêmes donnent aux conséquences futures de leurs décisions ?**

Il y a plusieurs cas où les conséquences sont explicitement analysées par les décisions des juges civils suprêmes. Dans le domaine du droit des personnes et de la famille c'est la règle (v. parr. 1.1.B, 1.2.B).

Dans la plupart des cas, toutefois, les conséquences ne sont pas explicitement mentionnées, mais il est évident que les juges ont tenu compte. Dans le domaine du droit patrimonial, on peut dire qu'il s'agit d'une règle.

---

<sup>3</sup> Cassazione 17/05/1976, n. 1738; Cass. 21/11/1983, n. 6933.

<sup>4</sup> Cass. n. 3675/1981

<sup>5</sup> Corte cost. 18/06/2014, n. 170

**A.** Dans les cas d'interprétation élargie du concept de préjudice injuste (v. par. 8.4.B), ou bien d'interprétation constitutionnelle de dommage immatériel (v. par. 8.4.D), et encore dans les cas de responsabilité du producteur, les Cours ont tenu compte du problème d'un excès de demande en réparation, insoutenable dans un système de réparation fondé sur la responsabilité civile, et donc sur la faute

**B.** Dans les cas de renouvellement de la définition de cause concrète (v. par. 8.4.C), et dans les cas où les juges ont soutenu la théorie de la 'presupposizione' (v. par. 4.B), ils ont tenu compte des intérêts des parties pour une répartition raisonnable et soutenable des risques contractuelles.

Il y a des cas, finalement, où il paraît qu'aucune considération même implicite n'est donnée aux conséquences des décisions. C'est le cas de la réparation des dommages immatériels à la victime d'une naissance non voulue, causée par un mauvais diagnostic du médecin, et aussi aux membres de la même famille (Cassazione civile sez. III, 02/10/2012, n. 16754 : c'est le célèbre arrêt rendu par M. Travaglino, : v. par. 1.1.c). La reconnaissance d'un droit à naître saines, fondée sur les droits fondamentaux, ne semble pas considérer ni l'élargissement excessif des actions en réparation du dommage ; ni les conséquences morales et éthiques de cette négation.

## **6) quelle importance est donnée de la part des juges civils suprêmes à la préservation de la cohérence systématique des règles civiles ?**

Dans la plupart des situations les juges sont prudents à la cohérence du système et ils évitent de créer antinomies. La cour Constitutionnelle nous a donné des décisions exemplaires pendant la longue marche de l'interprétation de l'art. 2059 du code civil, alors qu'elle a évité la déclaration de non-conformité à la Constitution<sup>6</sup>. Finalement, comme on l'a vu au par. 8.4.D., le but a été achevé par une interprétation constitutionnelle de la norme citée.

Il y a quand même des situations où les juges tolèrent la présence des antinomies et ils renvoient au législateur en devoir de leur éliminer. C'est encore le cas de la cour

---

<sup>6</sup> V. les arrêts 26/07/1979, nn 87, 88; n.184 del 1986 ; n. 233/2003.

Constitutionnelle, à propos des divorces imposés (v. par. 1.1.B.). C'est aussi le cas de la cour de Cassation qui a demandé des critères uniformes de quantification des dommages (corporels) à la personne à travers des barèmes nationaux<sup>7</sup>.

### **7) quelle importance donnent les juges civils suprêmes aux finalités de la politique du droit (Policy) poursuivies par le législateur (interprétation téléologique)**

Bien que les juges ne s'attardent pas souvent sur l'interprétation téléologique des textes législatifs, on ne peut pas affirmer qu'ils ne donnent aucune importance. Il est vrai, au contraire, que les juges donnent une grande importance aux finalités de la norme entre les limites dans lesquelles la formulation du texte le permet, car ils préfèrent respecter le sens littéral des textes législatifs autant que son interprétation systématique. C'est le cas, comme on l'a vu, de l'art. 2059 c.c.It., dont la finalité de la norme (réparation des dommages immatériels dans les cas mentionnés par la loi) a été respectée soit par la Cour Constitutionnelle, soit par la Cour de Cassation (v. par. 8.4.D).

Il est vrai que les cours suprêmes reconnaissent une importance aux finalités de la norme quand celle-ci se montre en conflit avec la formulation du texte. C'est le cas, comme on l'a vu au par. 4. A, de l'interprétation de l'art. 124, a. 3, d.lgs. 01/09/ 1993, n. 385 ('Testo unico bancario') - aujourd'hui remplacé par l'art. 121, c. 1, lett. d). Selon la jurisprudence, la notion de 'pacte exclusif' ne pouvait pas être limitée à l'existence d'une volonté des parties, mais elle devait être étendue à tous les cas de contrats d'achat des biens liés aux contrats de prêt.

## **II Partie**

### **8) dans les œuvres doctrinales civiles diffusées récemment, quel est l'espace dédié à la formulation et éclaircissement des concepts ?**

**8.4. Les concepts classiques sont rappelés et discutés de façon critique pour être remplacé par concepts plus appropriés.**

---

<sup>7</sup> Des critères uniformes pour les préjudices non graves ('micropermanenti') ont été finalement donnés par le législateur : L. n. 57 del 2001, art. 5 : arts. 138, 139 d.lgs. 07/09/2005 n. 209.

L'analyse des œuvres doctrinales civiles les plus diffusées récemment dénonce une nette préférence pour la discussion critique des concepts et leur remplacement par des concepts plus appropriés. Parmi les nombreux exemples que l'on puisse faire, on peut ici dresser une liste (non exhaustive) qui couvre plusieurs matières du droit privé.

- A.** Un sujet très tourmenté concerne la conclusion du contrat portant des obligations pour le seul proposant : art. 1333 c.c. It. (c'est le cas des contrats gratuits, ou des contrats de garantie personnelle). La règle imposée par le code implique un sens traditionnel : il s'agit d'une forme d'acceptation représentée par le silence. Le principe directeur à la base de cette règle c'est la bilatéralité du contrat, fondé sur le consentement et, par conséquent, impliquant forcément l'existence d'une acceptation, bien que représentée par le silence<sup>8</sup>. Autrement dit : selon la doctrine traditionnelle l'engagement unilatéral n'est jamais possible. Une doctrine brillante a proposé une interprétation plus appropriée de cette règle, dès les années '60 du XX siècle<sup>9</sup>. Selon ces auteurs, il s'agit d'une hypothèse de formation du contrat *sans acceptation*, ou mieux d'un acte juridique à formation unilatérale, car l'ordre juridique interne n'empêche pas que des contrats avec obligations portant sur le seul proposant soient formés sans acceptation, car il se fondent plutôt sur la confiance légitime du bénéficiaire. La formation bilatérale est nécessaire dans les contrats synallagmatiques dit que personne ne peut être *appauvrir* dans 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.c.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*<sup>10</sup>, tels que les droits de la personne et de sa personnalité, ou le droit à la propriété, en vertu

---

<sup>8</sup> C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, 1979, p. 287; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale, contratti in generale*, I, Padova, 2004, p. 170.

<sup>9</sup> G. GORLA, *Il dogma consenso o accordo, e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, Studi Vassalli, II, Padova, 1960, p. 216 s.; R. SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, Studi in onore di P. Greco, vol. II, Padova, 1964, p. 951 s.; ID., *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, R.SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 241 s. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 124 s.

<sup>10</sup> Cass.Civ., Sez. III, 04/07/1953, n. 2085. Il s'agit du célèbre cas 'Superga', où la Cour Suprême avait refusé les dommages-intérêts demandés par la société Torino Calcio à la compagnie d'aviation, car elle avait perdu l'équipe de football professionnelle dans un accident aérien.

d'un principe directeur de séparation entre droits absolu et droits personnels. Par conséquent, la jurisprudence avait refusé la reconnaissance des dommages-intérêts dans le cas de lésion causée par un tiers d'un droit au paiement d'une créance. Dès 1964<sup>11</sup> la doctrine a critiqué cette limitation, en proposant un concept plus approprié pour l'interprétation de 'dommage injuste' : à savoir, *lésion des intérêts reconnus et protégés soit par le droit positif, soit par des principes directeurs inspirés par la Constitution*. Cette interprétation, acceptée au final par la jurisprudence, a permis l'élargissement du concept traditionnel de 'dommage injuste' aux *droit subjectifs* (catégorie plus étendue, qui inclus soit les droits absolus soit les droits personnels)<sup>12</sup>, et aussi aux prétentions d'indemnisation des citoyens contre les pouvoirs publics ('interessi legittimi')<sup>13</sup>, en vertu d'un principe directeur de *réparation intégrale des dommages-intérêts*.

- C. Une intervention fondamentale de la doctrine en termes de remplacement d'un concept avec un autre et plus approprié, concerne la notion de 'cause'. Élément essentiel du contrat (art. 1325, n. 2 c.c.It.), la cause n'a pas été définie par le code. Par conséquent, il s'agit d'une notion manipulée surtout par la doctrine<sup>14</sup>, et à suivre par

---

<sup>11</sup> F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; *Id.*, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, Rivista Critica del Diritto Privato, 1987, 273 ss. *Id.*, *Itinerari europei nella «terra di nessuno» tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte* (1991) *Contratto e impresa* 545; *Id.*, *L'ingiustizia del danno*, Rassegna Forense, 2006, p. 905 s.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, 2010, p. 358.; E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, N. Lipari/ P. Rescigno / A. Zoppini (dir.), *Diritto civile*, vol. IV, t. III, Attuazione e tutela dei diritti. La responsabilità e il danno, Milano, 2009, 242 ff.

<sup>12</sup> Cass. S.U., 26/01/1971, n. 174 (c'est le cas 'Meroni') : les faits étant les memes que le cas 'Superga', la Cassation a fait un revirement de son arrêt précédent, en déclarant la possibilité de la reconnaissance des dommages-intérêts, pourvu qu'il y ait une causalité directe, selon les critères étreints posés par le meme arrêt, entre le fait du tiers et le préjudice subi par le créancier.

<sup>13</sup> MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1963, IV, c. 23 ss.; SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della P.A.*, *Rivista di diritto civile*, 1965, I, 55 ss.

Cass. S.U., 22/07/1999, n. 500: arrêt apprécié G. ALPA, *In tema di lesione di interessi legittimi. Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, pt. 2, pp. 373 – 382; S. PATTI, *La sentenza n. 500/1999 in tema di lesione di interessi legittimi. Lesione di interessi legittimi e clausola generale di responsabilità civile*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, pt. 2, pp. 382 – 386; G. VISINTINI, *La sentenza n. 500/1999 in tema di lesione di interessi legittimi. Obiter dicta e nuove direttive delle sezioni unite in tema di danno ingiusto connesso alla lesione di interessi legittimi*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, pt. 2, pp. 386 – 393.

<sup>14</sup> C'est l'opinion de G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, *Rivista di diritto commerciale*, I, 1986; *Id.*, *Causa*

la jurisprudence. Dès les années 1930, la notion de cause s'éloignait de la volonté des parties et des motifs exprimés à travers *l'obligation* : elle exprimait par contre l'essence matérielle du *contrat*<sup>15</sup>. Une conception 'objective' de la cause (tirée de la doctrine allemande) a fait son apparition au lendemain de la nouvelle codification italienne (1942) : c'est déjà à ce moment que la cause est définie comme *fonction*, but économique et social de l'acte<sup>16</sup>, bien loin de la valeur subjective tirée de la pensée française. Ce concept était fondé sur l'idée que les actes de l'autonomie privée sont reconnus comme des actes juridiques en tant qu'ils représentent des événements sociaux. La cause était donc définie comme la fonction de l'autonomie privée portant sur l'acte entier, ayant un intérêt social et caractérisant le type contractuel<sup>17</sup>. Cette définition a introduit le contrôle de l'état sur les intérêts des parties méritant reconnaissance et protection juridique, dans le respect de la définition d'autonomie privée selon l'art. 1322 c.c.It. ('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 siècle<sup>18</sup>, mais il a été strictement critiqué par la doctrine<sup>19</sup>. Après les théories contraires à l'existence même de la cause<sup>20</sup>, sont bientôt apparues des théories<sup>20</sup> qui soulignaient la coïncidence absurde entre cause et type licite : par conséquent, on pourrait affirmer que la vente de drogue ne peut être qu'une cause licite, car il s'agit d'un type juridique (vente) dont la fonction sociale (l'échange de biens contre un prix) a déjà passé le jugement de

---

*e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID, *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, Ferri, Angelici (dir.), Torino, 1997, p. 98

<sup>15</sup> DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1929, p. 266 s.

<sup>16</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 167 s., 179 s. Sur la paternité de ce concept de cause objective, v. : G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 204, note 5; G.B.FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, FERRI, ANGELICI (dir.), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 97; U. BRECCIA, *La causa del contratto*, ROPPO (dir.), *Il contratto*, Trattato di diritto privato, IUDICA, ZATTI (dir.), Milano, 2001, p.366 s.

<sup>17</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 178, 195 s..

<sup>18</sup> R. SACCO, *Della causa del contratto*, in *Commentario al codice civile, artt. 1343-1469 bis*, P. Cendon (dir.), Milano, 2010, p. 2; ID., *La causa*, in *Il contratto*, I, SACCO – DE NOVA (dir.), in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2016, p. 835 s.

<sup>19</sup> 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, Torino, 2016, p. 794.

<sup>20</sup> ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1945, p. 54 s.; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, p. 415 s.

l'ordre juridique interne à travers l'art. 1470 du code civil<sup>21</sup>. Le concept de cause devait donc être remplacé. Parmi les propositions qui ont été faites pendant une longue période, telles que le retour à la cause de l'obligation<sup>22</sup>, le concept le plus agréé reste celui qui donne à la cause un contenu encore fonctionnel, mais lié aux intérêts et buts *concrets* des parties : c'est la cause qui recouvre une fonction économique-individuelle<sup>23</sup>. Dans ce nouveau concept, la cause perd son sens abstrait, pour devenir une notion seulement liée à l'acte individuel : la licéité d'un acte d'autonomie privée sera donc évaluée non pas à travers le type contractuel abstrait, mais au contraire il faudra découvrir les intérêts *objectifs* des parties et le *but concret* de l'acte. Les limites imposées par l'ordre juridique interne seront, par conséquent, des limites externes négatives. Ce nouveau concept, qui confère importance aux intérêts des parties autrement niées ou oubliés, a finalement<sup>24</sup> remplacé le vieil contenu de la cause même dans les arrêts de la jurisprudence<sup>25</sup>.

**D.** Encore, l'on peut ici citer le cas tourmenté de la définition et des contenus du dommage immatériel, ou préjudice moral. Encore une fois, le débat en doctrine est né à cause d'une règle législative très ambiguë. L'art. 2059 c.c.It. dit que : « Le dommage immatériel sera réparé seulement dans les cas établis par la loi ». Suite à une correspondance de l'art. 2059 c.c.It. avec une disposition du code pénale (art. 185), selon une interprétation unanime de la jurisprudence le préjudice moral ne

---

<sup>21</sup> R. SACCO, *La causa*, in *Il contratto*, VI, t. 2, SACCO (DIR.), *Trattato Vassalli*, Torino, 1975, p. 579. L'art. 1470 concerne la notion législative de vente, c'est à dire: 'un contrat dont l'objet consiste dans le transfert de la propriété d'une chose o dans le transfert d'un droit et dont la contrepartie consiste dans un prix'.

<sup>22</sup> Les théories la plus appréciées étant celles de M. Gorla et de M. Sacco. Le premier proposait un concept de cause comme garantie de la gravité de l'engagement, ou cause suffisante, c'est-à-dire une justification suffisante à exclure la forme (cause juste et raisonnable en cas d'obligations de donner): GORLA, *Il contratto*, vol. I, Milano, 1955, p. 83 s.; 107s., 160 s. Plus seconde aujourd'hui abouti à s'interroger autour des limites de la notion de cause : « qu'est -qui se passera si la cause fut abrogée par un législateur national ou transnational ? Les conséquences ne seraient pas dramatiques.. » R. SACCO, *La causa*, in *Il contratto*, di SACCO – DE NOVA, Torino, p. 832-3.

<sup>23</sup> G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *La causa nella teoria del contratto*, cit., p. 99 s;

<sup>24</sup> Il faut toutefois souligner que la jurisprudence – bien qu'elle n'ait jamais trahit le concept de cause comme fonction économique-sociale - elle avait toutefois réussi à éviter des solutions injustes ou formelles ; ou bien, elle avait caché 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*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 788 s.

<sup>25</sup> Parmi les arrêts les plus importants : Cass. 26/01/1995, n. 975, in *Foro italiano*, 1995, I, c. 2502, en matière de présupposition ; Cass. 23/04/2001, n. 5966, *Contratti*, 2001, p. 1126, en matière de liaison entre actes. Toutefois, le véritable *leading case* reste : Cass. civ., 08/05/2006, n. 10490, *Giustizia civile*, 2007, p. 1988.



pouvait être réparé que s'il avait été causé par un acte soumis à la loi pénale<sup>26</sup>. 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 une fonction de dissuasion et de punition à la responsabilité civile. La Cour Constitutionnelle a été plusieurs fois consultée à propos de la légitimité constitutionnelle de l'art. 2059 c.c.It. : bien qu'elle n'ait jamais accepté l'argument de l'illégalité, elle a indiqué les interprétations possibles de la règle<sup>27</sup>. Dès les années 1970, soit la doctrine, soit la jurisprudence du fond avaient donné lieu à une crise profonde de cette définition, à travers les réflexions concernant le préjudice à la santé : un préjudice de nature moral, bien sûr, mais qu'on ne pouvait pas accepter qu'il fut réparé comme préjudice subjectif et transitoire, ni qu'il fut réparé dans les seules cas prévu par la loi. Le débat<sup>28</sup> sur le rapport entre l'art. 2059 c.c.It. et les principes constitutionnels a en fait résolu le problème de la réparation du préjudice (moral) à la santé, 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 personne<sup>29</sup> (tels que : le droit à a santé, les droits de la personnalité, le droit à la vie affective familiale<sup>30</sup>). Après presque trente ans de débat, la jurisprudence<sup>31</sup> a enfin accepté le remplacement de la vieille et étroite définition de dommage immatériel subjectif et transitoire avec le concept moderne et souple de préjudice moral qui comprend non seulement (et encore) le préjudice subjectif et transitoire (réparable

---

<sup>26</sup> Corte Cost.30/06/1986, n. 184.

<sup>27</sup> Corte Cost. 87/79, 88/79; Corte Cost. 30/06/1986, n. 184, Corte Cost., 11/07/2003, n. 233.

<sup>28</sup> Après l'intuition de GB. Ferri, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, *Rivista di diritto civile*, 1984, I, p. 155 s., l'argument portant sur lien entre lésion d'un droit fondamental protégé par la constitution et sa réparation à travers l'art. 2059 c.c.It à été développée avant tous par: C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1983, p. 174 s.; ID., *Diritto europeo della responsabilità civile, Responsabilità civile e previdenza*, 1999, p. 29 s.; ID., *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.

<sup>29</sup> E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010; AA.VV., *Il danno non patrimoniale Milano*, 2009.

<sup>30</sup> C'est une liste incomplète: on discute beaucoup à propos du caractère ouvert de l'art. 2 de la Constitution, selon lequel : 'La République reconnaît et protège les droits inviolable de l'homme.. '.

<sup>31</sup> Cass. S.U., 11/11/2008, n. 26972/3/4/5.

dans les cas de délit) , mais aussi : le préjudice à la santé, et tout préjudice qui découle d'une lésion d'un droit inviolable protégé par la Constitution.

**E.** Enfin, il faut rappeler le cas des contrats stipulés entre entrepreneurs et consommateurs. Ce n'est pas seulement que la définition même de consommateur n'a jamais été considéré comme appropriée<sup>32</sup> ; c'est surtout que les réflexions de la doctrine<sup>33</sup> ont abouti à reconnaître – dans des situations de marché particulières - une donnée fondamentale : l'asymétrie du pouvoir contractuel des protagonistes, autour de laquelle on peut reconnaître une catégorie plus large, à savoir le contrat asymétrique. Ce concept élargi consent d'inclure soit les contrats conclus entre consommateurs et entrepreneurs (B2C), soit les contrats conclus entre entreprises inégales (B2b).

## **9) dans les œuvres doctrinales civiles plus répandues et récentes, quelle est l'attention consacrée aux valeurs constitutionnelles?**

**9.2 Occasionnellement les auteurs consacrent attention aux valeurs selon l'objet précis de leur enquête**

### **9.3 Très attention :**

Dans la plupart des œuvres doctrinales répandues et récentes l'attention consacrée aux valeurs constitutionnelles est *haute et constante*.

**A.1.** Elle est *haute*, parce que certains sujets stratégiques dans la vie économique, personnelle ou familiale des citoyens ont été discutés par la doctrine en prenant la Constitution comme critère premier (et quelques fois unique) de référence pour étendre des concepts autrement étreints. Avant tout, il y a les cas analysés ci-dessus, portant sur la notion de *dommage injuste*, élargie jusqu'à inclure quelconque intérêts de la personne reconnu par la Constitution

---

<sup>32</sup> C. AMATO, *Brevi osservazioni riguardo il contributo italiano alla crescita del diritto contrattuale europeo: della nozione di consumatore*, L. Antonioli-G.A. Benacchio-R. Toniatti (dir.), *Le nuove frontiere della comparazione*, Atti del Primo convegno nazionale SIRD, Trento, 2012, p. 309 s.

<sup>33</sup> 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 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*, Milano, 2003, p. 477 s

(**Q. 8 B.**), ou portant sur la notion de *préjudice moral*, élargie jusqu'à rendre possible la réparation d'une lésion d'un droit inviolable selon la Constitution (**Q. 8 C.**). A ce propos, il faut ajouter que le problème des atteintes à la santé a été abordé par la doctrine à côté du problème de la réparation du dommage immatériel, toujours en prenant comme critère de référence la Constitution, qui protège le droit fondamental à la santé (art. 32)<sup>34</sup>.

**A.1.1.** C'est le cas de la propriété. Bien que le droit de propriété ait été 'dégradé'<sup>35</sup> à un des domaines du droit privé, car elle a été exclue du catalogue des droit de l'homme, la propriété garde un lien fort<sup>36</sup> avec la Constitution, qui reconnaît et garantit le droit de propriété aux arts. 42, 44, 46, a. 2, 3. La garantie reconnue par la Constitution se compose de deux aspects fondamentaux<sup>37</sup> : elle ne peut pas être abolie, et les moyens dont l'on acquiert la propriété, aussi bien que le régime de l'expropriation, seront établis par la loi<sup>38</sup>.

**A.1.2.** C'est encore le cas de la reconnaissance des droits de la personnalité (vie, identité, nom, image, intégrité morale, intimité de la vie privée et des données personnelles)<sup>39</sup>, même dans la dimension collective (protection des personnes morales : arts. 2, 18)<sup>40</sup>; des droits portant sur la vie sexuelle<sup>41</sup>.

---

<sup>34</sup> F.D. BUSNELLI, M. BARGAGNA, *La valutazione del danno alla salute: profili giuridici, medico-legali e assicurativi*, Padova, 1988; F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 7 s.

<sup>35</sup> L. Bigliuzzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile, 2 Diritti reali*, Torino, 1988, p. 41; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Trattato Cicu-Messineo (dir.), Milano, 1995, p. 21 s.

<sup>36</sup> Giannini, *Basi costituzionali del diritto di proprietà*, Padova, 1971, p. 457 s.;

<sup>37</sup> U. Natoli, *La proprietà*, rist. Milano, 1980, p. 40 s.

<sup>38</sup> Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Trattato Cicu-Messineo (dir.), Milano, 1995p. 106

<sup>39</sup> La doctrine remarque que la Constitution reconnaît certains droits de la personnalité (liberté personnelle: art. 13 ; domicile : art. 14 ; correspondance : 15) , mais surtout elle nous donne une liste 'ouverte' de droits fondamentaux (art. 2), protégés soit contre le pouvoir de l'Etat, soit entre les sujets privés. V. : QUARANTA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione*, Napoli, 2013; G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, p. 21 s.; LIVI, *Il diritto al nome nel prisma dell'identità personale*, Torino, 2012; PROTO, *Il diritto e l'immagine. Tutela giuridica del riserbo e dell'icona personale*, Milano, 2012; G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Bologna, 2012.

<sup>40</sup> F. GALGANO, *Persone giuridiche*, Commentario Scialoja-Branca, 2° ed. Bologna, 2006; A. FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Padova, 2012; G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, *Rivista di diritto civile*, 1979, I, p. 23 s.; ID., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 2000; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989; R.G. DE FRANCO, *La libertà di "non associarsi" e "specificata" garanzia ex art. 18 della Costituzione*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1962, p. 1107.

<sup>41</sup> Les questions constitutionnelles qui concernent les couples homosexuels portent sur le principe d'égalité et sur l'existence d'un droit à une vie familiale (art. 29) : A. SCHILLACI (dir.),

**A.2.** Elle est une *attention constante*, parce que dès son entrée en vigueur (1 Janvier 1948) jusqu'à nos jours la doctrine a dédié à la Constitution une attention qui augmentait de jour en jour. Il serait suffisant de revenir surtout sur la partie de ce questionnaire pour maîtriser la chronologie des interventions de la doctrine au sujet de la protection civile de valeurs constitutionnelles.

Il faut quand même souligner que dans les œuvres doctrinales civiles cités ci-dessus les auteurs consacrent leur attention aux valeurs constitutionnelles selon *l'objet précis* de leur enquête.

## **10) Dans les œuvres doctrinales civiles plus diffuses et récentes, quelle est l'attention dédiée aux effets économiques et sociaux des règles du droit civil ?**

### **10.3 Beaucoup d'attention**

Suivant une tradition tout à fait nouvelle, les œuvres doctrinales civiles plus diffuses et récentes en matière de droit privé révèlent une tendance prononcée vers la discussion des effets économiques et sociaux attribuable aux interprétations des règles et aux propositions de règles nouvelles. Cette tendance est confirmée soit dans la matière du droit patrimonial (A.), soit dans la matière du droit des personnes (B.).

**A.** Pour ce qui concerne le droit patrimonial, pendant les années '60-'80 du dernier siècle, l'Etat avait un rôle actif dans l'économie italienne, soutenu par la Constitution (arts 41, a. 1 e 2).

**A.1.** Dès les années '70, par conséquent, une doctrine très sensible au bouleversement économique et social du pays avait ouvert un débat autour du rôle du droit pour poursuivre l'égalité substantielle mise en valeur par l'art. 3, a. 2, de la Constitution au service des nouvelles requêtes sociales<sup>42</sup>. Contre le dogmatisme

---

*Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, 2014; P. PALERMO, *Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall'adulterio alle unioni omosessuali*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, pt. 2, p. 537 s.; A. CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, *Famiglia*, 2004, pt. 1, p. 107 s.; G. ZANCHINI, *La discriminazione degli omosessuali: qualche nuvola in meno*, *I diritti dell'uomo*, 1999, p. 63 s.

<sup>42</sup> P. BARCELLONA (dir.), *Introduzione, L'uso alternativo del diritto*, Roma - Bari, 1973); Id., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996; L. NIVARRA (dir.), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

traditionnel, au juriste on demandait un ‘emploi alternative du droit’, à savoir l’introduction d’une idéologie égalitaire. Ou bien on proposait une approche ‘fonctionnelle’ du droit, selon lequel l’interprète a le devoir de chercher et comprendre le contexte social et économique où le droit trouve à la fois sa source et son but<sup>43</sup>.

**A.2.** A l’époque actuelle, après l’expérience de l’Union Européenne dont le but est celui de promouvoir l’idéologie du marché compétitif et de l’autonomie privée, l’Etat a pris en charge un rôle différent : il se conduit comme organisme de régulation du marché, pour soutenir l’économie compétitive. Le débat en doctrine se porte aujourd’hui sur les règles de conduite qu’on impose aux entrepreneurs, 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 consommateur<sup>44</sup> ou bien à la réglementation des contrats d’entreprise<sup>45</sup>. Dans cette recherche, l’aboutissement actuel se porte sur la proposition de catégories juridiques nouvelles : le ‘contrat asymétrique’<sup>46</sup> et le ‘troisième contrat’<sup>47</sup>. Les soucis principaux de la doctrine se portent soit sur le considérable rôle économique des contrats B2b<sup>48</sup>, soit sur les réflexions qui concernent les disparités juridiques, voir sociales<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> G. GORLA, *Il contratto*, II vols., Milano, 1954

R. SACCO, ‘*Il contratto*’, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli (Torino, Utet, 1975).

<sup>44</sup> G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012; E. GUERINONI, *I contratti dei consumatori: principi e regole*, Torino, 2011; G. VETTORI (dir.), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 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*, Milano, 2003.

<sup>45</sup> S. Patti, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, *Obbligazioni e contratti*, 2010, 5, p. 326 s.; A. Falzea, *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, *Rivista di diritto civile*, 2005, I, 10001 s.; E. Gabrielli, *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, *Giustizia civile*, 2005, p. 183 s.; P. Sirena, *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006.

<sup>46</sup> V. Roppo, “*Behavioural Law and Economics*”, *regolazione del mercato e sistema dei contratti*, *Rivista di diritto privato*, 2013, p. 167 s.

<sup>47</sup> 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*, Torino, 2004, p. XIII 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*, Padova, 2010.

<sup>48</sup> F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell’esecuzione del terzo contratto*, G. Gitti-R. Villa (dir.), *Il terzo contratto*, 2008, p. 179 s.

<sup>49</sup> E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell’immagine del terzo contratto*, G. Gitti-R. Villa (dir.), *Il terzo contratto*, 2008 p. 317 s.

**A.3.** Le droit de la concurrence est aussi une matière du droit patrimoniale qui dénonce l'intérêt vif de la doctrine pour les effets économiques des règles juridiques. Dès l'entrée en vigueur de la L. 10/10/1990, n. 287, la doctrine<sup>50</sup> a proposé ses réflexions visant à découvrir, contrôler et critiquer les fondements économiques et les effets des règles de discipline de la concurrence, et des moyens de droit visant à protéger les protagonistes du marché.

**A.4.** Un sujet qui a donné à la doctrine beaucoup d'occasions pour réfléchir sur les effets économiques et sociaux des règles reste la responsabilité civile délictuelle. Comme l'on a vu ci-dessus (parr. **8.B.**, **8.D.**), la notion élargie de injustice du préjudice ('danno ingiusto') et l'interprétation constitutionnelle de dommage immatériel ont provoqué un bouleversement des situations où les règles de responsabilités ont pu réparer des préjudices qui autrement aurait demeurés sur les victimes.

Il faut ici ajouter que les réflexions de la doctrine sur les *fonctions*<sup>51</sup> de la responsabilité délictuelle se portent spécifiquement sur les principes directeurs de l'ordre juridique interne et, par conséquent, sur leurs effets : il y a une conscience déclarée<sup>52</sup> que le problème de la réparation d'une valeur personnelle implique des conséquences économiques et sociales. En ce qui concerne la force de réparation, décidément typique de la responsabilité délictuelle, les réflexions se portent sur l'existence ou l'ampleur du principe de 'réparation intégrale'<sup>53</sup>, aussi bien que sur son fondement constitutionnel. Encore, c'est la question de la force de dissuasion que l'on peut

---

<sup>50</sup> R. Pardolesi, Il nuovo corso del "private enforcement" del diritto della concorrenza: sovrapprezzo praticato da impresa estranea al cartello e risarcimento del danno.

Il Foro italiano, 2014, p. 342 s.; A. Palmieri-R. Pardolesi, Sull'interfaccia (problematica) fra regolazione economica e disciplina della concorrenza. Il Foro italiano, 2012, p. 493 s.; C. TESAURO, Recenti sviluppi del private antitrust enforcement, Mercato, concorrenza e regole, 2011, 3, 427; M. MAUGERI, Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato, A. ZOPPINI A.- G. OLIVIERI (dir.), Contratto e antitrust, Bari, 2008, p. 175 s.

<sup>51</sup> F.D. Busnelli, Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi, Europa e diritto privato, 2009, p. 909 s. G. Ponzanelli, La responsabilità civile, Bologna 1991, p. 9 s.; Id., I segnali della responsabilità civile, Contratto e impresa, 2010, p. 1223 s.; P. Perlingieri, Le funzioni della responsabilità civile, Rassegna di diritto civile, 2011, p. 115 s.; Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali; E. Navarretta, Responsabilità civile e previdenza, 2008, p. 500 s.;

<sup>52</sup> V. Carbone, Valori personali ed economici della vita umana, Danno e responsabilità, 2015, p. 894 s.; F. Quarta, Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici, Danno e responsabilità, 2015, p. 513 – 521.

<sup>53</sup>

reconnaître aux règles de la responsabilité civile qui occupe la doctrine<sup>54</sup>, surtout pour ce qui concerne la responsabilité du producteur. Et finalement, c'est surtout la question des astreintes et des dommages punitifs qui a soulevé un débat constant. Le trait essentiel du débat demeure dans le souci d'introduire dans le système juridique italien un principe nouveau (la fonction punitive de la responsabilité civile) avec lequel on se sent mal à l'aise, la fonction punitive étant le domaine exclusif de la sanction pénale<sup>55</sup>. Les enjeux de ce débat concernent aujourd'hui surtout la transmissibilité *iure hereditatis* des dommages immatériels pour perte de la vie ('danno tanatologico')<sup>56</sup>.

**B.** Le domaine droit privé de la personne, n'est pas tout à fait étrange aux questions politiques et sociaux.

**B.1.** Le 'biodroit' est très souvent lié non seulement à réflexions éthiques, mais aussi à discours ayant caractère politique et sociale<sup>57</sup>. Les auteurs soulignent comme cette matière excède le paradigme naturel, pour aboutir dans un domaine où le droit joue un rôle tout à fait nouvel. La création de règles visées à la discipline de phénomènes

---

<sup>54</sup> F. Malzani, *Obbligo di sicurezza e risarcimento del danno. Quali spazi per una funzione general preventiva della responsabilità civile?*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, p. 1047 s.; D. Barbierato, *Risarcimento del danno e funzione deterrente*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, p. 1176 s.; *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*; A. Di Majo, *Europa e diritto privato*, 2008, p. 289 s.; C. Scognamiglio, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 2485 s.

<sup>55</sup> C. Scognamiglio, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, *il Corriere giuridico*, 2016, p. 912 s.; A. Mendola, *"Astreinte" e danni punitivi*, *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 566 s.; A. Venchiarutti, *Le "astreintes" sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i "punitive damages"?*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, p. 1899 s.; M. Tescaro, *I "punitive damages" nordamericani: un modello per il diritto italiano?*, *Contratto e impresa. Europa*, 2012, p. 599 s.; G. Ponzanelli, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, *Danno e responsabilità*, 2009, p. 92 s.; Id., *I danni punitivi*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 25 s.

<sup>56</sup> La cassation a récemment cassé un arrêt contraire, et a confirmé à chambres unies l'impossibilité conceptuelle de reconnaître la réparabilité de ce dommage et la transmissibilité aux héritiers, ainsi avalisant un avis dominant de la doctrine, selon lequel la transmissibilité du préjudice de perte de la vie aurait une fonction punitive inacceptable : F.D. Busnelli, *Tanto tuonò, che... non piove. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*, *Il Corriere giuridico*, 2015, p. 1206 s.; G. Ponzanelli, *La sentenza 'Scarano': verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, *Danno e responsabilità sul danno da perdita della vita*, 2014, p. 363 s.; V. Carbone, *Danno tanatologico e risarcibilità iure hereditatis – Valori personali ed economici della vita umana*, *Danno e responsabilità*, 2015, p. 889 s.

<sup>57</sup> S. Rodotà-M.C. Tallacchini (dir.), *Ambito e fonti del biodiritto*, *Trattato di biodiritto*: S. Rodotà-P. Zatti (dir.), Milano, 2010; F. Lucrezi-F. Mancuso (dir.), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica*, Salerno, 2010. Pour un approche critique: F.D. Busnelli, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, *Rivista di diritto civile*, 2011, p. 153 s.; F.D. Busnelli, *Il caso Englaro in Cassazione*, *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, p. 966 s.

souvent inconnu en nature<sup>58</sup>, créés par l'évolution technique et technologique, implique des choix stratégiques au fond de la question et concernant aussi une méthode nouvelle. C'est à ce propos que le droit devra proposer un modèle anthropologique largement partagé, dont les principes directeurs, de nature relationnel, soient tirés des valeurs la Constitution : liberté, égalité, solidarité, responsabilité, autonomie, justice<sup>59</sup>.

**B.2.** Au versant de la famille, au lendemain de la loi 'Cirinnà' (L. 20/10/2016, n. 76) les unions civiles ont soulevé des réflexions visant soit à modeler un nouveau paradigme de famille<sup>60</sup>, soit à s'interroger sur son fondement constitutionnel<sup>61</sup> : toujours dédiant une grande attention aux effets sociaux de la nouvelle famille.

### **11) Dans les œuvres doctrinales civiles plus diffuses et récentes, quelle est le rôle assigné aux règles déontologiques comme la bonne foi ?**

On peut affirmer que la bonne foi en tant que critère déontologique de conduite, reste le principe fondamental d'interprétation et reconstitution systématique des règles. Dans le droit privé patrimoniale il est la base de toutes conventions, dès la naissance (arts. 1175, 1328, 1337, 1338 c.c.It.) Jusqu'à la résolution des actes juridiques (arts. 1460, 1461 c.c.It.), en passant par leur interprétation (art. 1366 c.c.It.) et exécution (arts. 1358, 1375, 1391 c.c.It.). En plus, beaucoup de réglementations spéciales<sup>62</sup> (parfois même trouvant leur source dans la législation Européenne<sup>63</sup>) ont introduit ce principe de conduite en tant que critère d'évaluation de la validité des actes juridiques.

---

<sup>58</sup> Un groupe de philosophes envisage une société trans-humaine (en Italie, l'Associazione italiana transumanisti est née en 2004), visant à une nouvelle conception générale de la condition existentielle de l'homme : P.Sommaggio, *Filosofia del biodiritto. Una proposta socratica per società postumane*, Torino, 2016.

<sup>59</sup> G.Baldini (dir.), *Persona e famiglia nell'era del biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, Firenze, 2015, pp- 12-14; F.Freni, *La laicità nel biodiritto: le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Milano, 2012, p. 32 s.

<sup>60</sup> E. Calò, *Le unioni civili in Italia*, Napoli, 2016.

<sup>61</sup> F.D.Busnelli, *Introduzione al volume: M.Gorgoni (dir.), Unioni civili e convivenze di fatto*, Maggioli, 2016; F.D. Busnelli, M.C.Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 767 s.

<sup>62</sup> C'est le cas de la loi qui règlemente le franchising (arts. 4, 6, 8). C'est encore le cas de la L. 18/06/1998, n. 182, qui règlemente la sous-traitance : l'art. 9 introduit le concept de abuse de dépendance économique.

<sup>63</sup> C'est le cas du controle des clauses abusives: dir. 93/13, mise en œuvre dans le code de la consommation qui, à l'art. 36, prévoit la nullité de protection d'une clause jugée comme abusive malgré la bonne foi du professionnel. C'est encore le cas des pratiques commerciales



Par conséquent, la doctrine italienne ne peut jamais ignorer ce principe.

Parfois est-il traité comme un critère d'interprétation<sup>64</sup> ou même d'intégration de l'acte juridique<sup>65</sup>

Parfois est-il traité comme une clause générale, source autonome d'obligations et de droits<sup>66</sup>, mais qui garde des sens différents dans des contextes différents<sup>67</sup>.

## **12) Dans les œuvres doctrinales civiles plus diffuses et récentes quelle est la place dédiée aux sources non nationales ?**

### **12.1 Une certaine place est dédiée seulement aux sources institutionnelles européennes**

Les œuvres doctrinales civiles plus répandues et récentes sans doute dédient une place constante aux sources institutionnelles européennes, tels que la CEDH et la Charte de Nice. C'est le cas des œuvres portant surtout sur le droit privé européen des contrats<sup>68</sup> et de la responsabilité civile<sup>69</sup>.

### **12.2 Mettant l'accent sur les sources non nationales, quand elles sont réunies à un modèle juridique doctrinal de prestige**

---

déloyales, mise en oeuvre dans le code de la consommation aux arts 18 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.

<sup>64</sup> NATOLI U., L'attuazione del rapporto obbligatorio, in CICU MESSINEO A. (directo da), Trattato di diritto civile e commerciale, vol. XVI, t. I, Milano, 1974;

<sup>65</sup> M. Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo, Torino, 2006, p. 257 s.

<sup>66</sup> C. CASTRONOVO, Information Duties and Precontractual Good Faith, in Eur. Rev. Priv. Law, 2009, p. 559 s.

<sup>67</sup> C. Castronovo, Good Faith and the Principles of European Contract Law, Europa e diritto privato, 2005, p. 589 s.

<sup>68</sup> S. Mazzamuto, Il contratto di diritto europeo, Torino, 2015; AA.VV., Manuale di diritto privato europeo, C. Castronovo, S. Mazzamuto (dir.), voll. I-III, Milano, 2007.

<sup>69</sup> M. Serio, La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione, Europa e diritto privato, 2014, p. 327 s.

Les modèles juridiques doctrinaux de prestige soulèvent souvent la curiosité et le débat<sup>70</sup>. C'est le cas des contrats des consommateurs et des contrats d'entreprises inspirés aux sources non nationales (v. par. 10.3.A.2.)

C'est aussi le cas d'une littérature juridique sans limites qui s'occupe des Principes européens, soit en matière contractuelle<sup>71</sup>, soit en matière délictuelle<sup>72</sup>.

### **12.3 Est-il perceptible qu'une orientation qui donne importance aux principes transnationaux sélectionnés comme le principe de proportionnalité, de subsidiarité, de justice (*fairness*).**

Peux d'intérêts soulèvent les principes transnationaux tels que le principe de *proportionnalité* et de *subsidiarité*. Sauf que dans les œuvres doctrinales spécialisées en droit européens (publique), la doctrine portant sur le droit privé n'a pas dédié que de réflexions limitées à propos de ce thème<sup>73</sup>.

Par contre, le sujet de la *justice* apparaît très souvent dans la pensée de la doctrine qui s'occupe du droit patrimoniale. C'est bien sur le cas des réflexions de la doctrine à propos du contrat asymétrique (v. par. 10.3.A.2.), à propos de la justice contractuelle<sup>74</sup> et dans le domaine de la responsabilité délictuelle<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> F.D. BUSNELLI- V. *Calderai*, Declinazioni della persona: un itinerario dal diritto privato al diritto internazionale (passando per il diritto costituzionale), *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 2210 s.

<sup>71</sup> E. Navarretta, *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007; C. Castronovo (dir.), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I, II, Milano, 2001; Id. (dir.), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte III, Milano, 2005; M.J. Bonell, *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 2006; V. Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, *Europa e diritto privato*, 2004, p. 439 s.

<sup>72</sup> 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 s

<sup>73</sup> L. ANTONIOLLI DE FLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Trento, 1996, p. 65 s.; C.CASTRONOVO, *I "principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1995, I, p. 26 s. Pour des considérations autour des principes de proportionnalité et subsidiarité, à propos de la législation européenne portant sur le droit des consommateurs, je me permets de faire référence à C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumtari*, Milano, 2003, pp. 18-19.

<sup>74</sup> E. Navarretta, *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, *Rivista di diritto civile*, 2006, p. 420 s.

<sup>75</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, p. 1430 s.; 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.; ID., *Il principio di*

