



HAL
open science

‘Dommage’ e ‘préjudice’ nel progetto di riforma della responsabilità civile. Precisazioni linguistiche e concettuali

Michel Boudot

► To cite this version:

Michel Boudot. ‘Dommage’ e ‘préjudice’ nel progetto di riforma della responsabilità civile. Precisazioni linguistiche e concettuali. *Europa e diritto privato*, 2020, 1, pp.111-121. hal-03768339

HAL Id: hal-03768339

<https://hal.science/hal-03768339>

Submitted on 8 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

Michel Boudot

**DOMMAGE E PREJUDICE:
PRECISAZIONI LINGUISTICHE E CONCETTUALI**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Osservazioni. - 3. *Dommage e préjudice*. - 4. Distinzione dottrinale. - 5. Spiegazioni. - 6. Responsabilità contrattuale e extracontrattuale. - 7. Conclusione.

1. Nella mia relazione introduttiva rifletterò su alcune asperità linguistiche, e mi sembra che, nell'ambito della responsabilità civile in particolare, e nella materia delle obbligazioni in generale, esistano tanti *faux-amis* italo-francesi (1), tante parole ambigue, tanti concetti non esportabili cui occorre prestare grande attenzione. Vi prego di essere indulgenti: il mio italiano è incerto e non ho potuto rinunciare ai francesismi.

Come saprete, il diritto civile francese è stato già riformato dagli anni sessanta, per la parte relativa al diritto di famiglia, delle persone, alle successioni e alle liberalità, alla prescrizione. Anche le garanzie sono state parzialmente riviste e, dopo due secoli di pressoché totale immobilismo, il governo francese ha voluto la *renaissance* della parte del *Code civil* relativa alla disciplina delle obbligazioni. Due tappe sono state previste: la prima — recentemente compiuta — ha interessato il contratto in generale, e le obbligazioni contrattuali in particolare (nonché le obbligazioni "*quasi-contractuelles*"). Questa prima tappa si è caratterizzata per la rapida adozione, con un'estesa consultazione pubblica, che ha visto una massiccia partecipazione del mondo universitario (ma anche di quello delle professioni legali

Saggio sottoposto a referato.

(1) E anche veri amici, P. M. Vecchi, *Catégories juridiques et faux-amis. Le système des nullités dans les Codes civils italiens*, La théorie des nullités, a cura di M. Boudot e P.M. Vecchi (Paris 2009), 99-110.

e delle imprese), e nel contempo, pressoché assente una consultazione parlamentare (stanti le esigenze di celerità): l'esito è l'entrata in vigore dell'ordinanza del 10 febbraio 2016, seguita dalla legge di ratifica parlamentare (di conversione) del 20 aprile 2018. La legge di conversione è intervenuta su alcuni punti e non ha, tuttavia, cambiato alcunché di strutturale.

La seconda tappa affronterà la riforma della responsabilità civile, per la quale è previsto un percorso diverso: al governo è preclusa, in assenza di specifica delega, l'adozione di ordinanze e perciò la riforma dovrebbe essere adottata tramite una legge, dopo discussioni parlamentari.

Un'osservazione: con riguardo a ciò che è già cambiato, faccio fatica a connettere al rinascimento una riforma che è il risultato di lunghi dibattiti dottrinali e controversie tra gruppi di studiosi che si sono affrontati senza trovare un punto di pacifico accoglimento. Per quanto riguarda la riforma del diritto contrattuale, il risultato costituisce, secondo i redattori del testo finale, un compromesso tra opinioni diverse. Ma chi sono gli autori del testo finale? Non possiamo consultare i lavori preparatori, che non ci sono; possiamo solo affidarci al rapporto consegnato al Presidente della Repubblica, pubblicato in allegato all'ordinanza di 2016, il quale svela qualche elemento sulle intenzioni dei redattori. Chi sono? L'ordinanza in vigore dal 2016, ed anche il progetto di 2017, sono stati scritti dal cd. "*Bureau des obligations*", il quale è un dipartimento degli "*Affaires civiles et du Sceau*" presso il Ministero della Giustizia, composto da un numero esiguo di funzionari provenienti dalla magistratura, che si è dedicato all'esame e alla redazione dei progetti governativi riguardanti il diritto civile, commerciale e dei consumatori.

Quando la Direttrice del "*Bureau des obligations*" è venuta a Poitiers, a presentare la riforma del 2016, illustrandone tanto la metodologia di lavoro quanto il testo, le abbiamo rivolto qualche domanda per comprendere in che misura i redattori abbiano effettivamente partecipato alla realizzazione della struttura dell'ordinanza, come essi abbiano affrontato le questioni politiche suscitate dalla consultazione pubblica e quali risposte abbiano elaborato. Complice, forse, l'atmosfera distesa di Poitiers, la direttrice, Madame de Cabarrus, ci ha spiegato con sincerità le difficoltà incontrate dal *Bureau*, la mancanza

di risorse umane per assimilare tanta dottrina, tante pagine, tante discussioni... E personalmente ho avuto la sensazione che il metodo effettivamente seguito non sia stato quello descritto nel suo intervento (2). In sintesi, la mia sensazione è che per mancanza di tempo e di mezzi, forse contro la loro propria volontà, i redattori non abbiano potuto concepire la riforma del *Code civil* come una riforma di sistema. Hanno abbandonato l'ambizione e la logica sistematica per adottare una prospettiva pragmatica. Mi chiedo — ma è una domanda che rivolgo a me stesso — quanto ci sia di fortuito in questa situazione.

E vero che dobbiamo essere fortemente armati concettualmente per resistere al pragmatismo liberale in lotta contro la risistemizzazione del diritto civile tramite la sua ricodificazione. La vittoria del pragmatismo è visibile ogni volta che il legislatore rinuncia al proprio ruolo e delega ad un giudice l'individuazione delle condizioni della normativa (diluizione del potere legislativo). Non sto parlando dell'uso di concetti generali o di standard la cui attuazione consente al giudice di adattare la generalità della norma alle esigenze sociali; sto parlando di un approccio che demanda alla giurisprudenza della Corte di cassazione la funzione di riformare il diritto: esemplificativamente, quando la legge non specificala propria natura (derogabile o meno), quando omette l'indicazione delle misure coercitive che accompagnano le sanzioni previste, quando non indica la possibilità di concepire forme atipiche al di là di quelle disciplinate, quando tace sull'articolazione tra diritto comune e discipline speciali, delle discipline speciali tra loro, tra diritto sostanziale e diritto processuale, insomma quando si astiene dal porre le regole che fanno di un codice tanto un sistema interpretativo quanto un insieme organizzativo di regole, rispetto a un inventario di meccanismi settoriali e frammentari. Queste omissioni e incongruenze sono numerose nel testo adottato dall'ordinanza del 10 febbraio 2016, ed anche nel progetto di riforma della responsabilità del 2017.

(2) C. de Cabarrus, *Présentation de la réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations*, Le nouveau régime général des obligations, a cura di L. Andreu et V. Forti (Paris 2016), 1 s.

2. Vengo ora al progetto di riforma della responsabilità civile del 13 marzo 2017. Come già osservato per quanto concerne la gestazione dell'ordinanza del 2016, questo progetto è il risultato di una consultazione pubblica e segue l'elaborazione di un primo *avant-projet* nel 2016.

Dal punto di vista sostanziale, buona parte del progetto potrebbe essere interpretata come un aggiornamento legislativo del diritto vivente. Si deve, infatti, ricordare che in Francia la riforma del diritto delle obbligazioni (non quella del codice) inizia alla fine dell'Ottocento, quando si è scelto di non ricodificare per opporsi all'influenza politica del modello tedesco; e questa scelta ha comportato e confermato un cambiamento di ruolo della Corte di cassazione. Possiamo dire che allora il *Code civil*, visto come sistema, si frammenta e nascono i cd. *Grands arrêts*. Non esagero dicendo che il diritto civile francese è stato dominato dal *Case Law* a partire dagli anni '30 (3). Ciò spiega perché il progetto del 2017 non appare innovativo rispetto al diritto giurisprudenziale.

Esistono, tuttavia, innovazioni significative e potremo discuterne entrando più nel dettaglio.

Altra osservazione: l'assenza di un inquadramento generale della tutela civile dei diritti, ha consentito l'espansione del potere della Corte di cassazione fino a stabilire in via pretoria le regole applicative della responsabilità civile e del risarcimento del danno. Voglio dire che, per esempio, la consacrazione normativa di una *clausula generalis* di responsabilità da fatto della cosa o lo sviluppo dell'ambito del danno non patrimoniale possono essere guardati non solo come il risultato dell'aumento della sfera dei *Grands arrêts*, ma anche come il contributo politico dei giudici all'edificazione di un sistema assicurativo per il risarcimento dei danni. Questa espansione può essere variamente giudicata, anche negativamente da chi osserva che l'indennizzo del danno non patrimoniale, in particolare attraverso un incremento dell'ammontare risarcitorio liquidato dal giudice, è risultato essere un sistema punitivo mascherato.

(3) H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* (Paris 1934), 15aed. 2015; Ph. Remy, *Le processus de "dé-codification"*, *Le Code civil des Français dans le droit européen*, a cura di J.-Ph. Dunand e B. Winiger (Bruxelles 2005), 177-199.

Spiegarsi non è facile; l'analisi del discorso giuridico è sempre più difficile quando si ha a che fare con testi risalenti, tuttavia ancora in vigore, utilizzando dei lemmi tradizionali che, nell'accezione linguistica oggi ad essi riconosciuta, sono lontani dal significato originario.

In materia di responsabilità civile, per capire il sistema francese, si deve affrontare la complessità determinata dalla sovrapposizione di regole del *Code Civil*, "riforme" giurisprudenziali, commenti della dottrina — recenti e risalenti — e, soprattutto, retorica politica. E non è facile decifrare pensieri e presupposti di fondo di coloro i quali argomentano a favore della tesi della natura unica della responsabilità civile o riflettono sull'essenza della risarcibilità, tanto che in Francia il discorso civilistico si caratterizza per un approccio dichiaratamente tecnico, nel rifiuto della considerazione dei contenuti politici.

Supero le difficoltà, non perché non ne sia consapevole, e scelgo, per questa relazione introduttiva, di porre l'accento su un primo problema che potrebbe essere invisibile agli occhi di un lettore straniero, ma che mi sembra cruciale per comprendere l'architettura dogmatica del progetto. E quello della distinzione tra "*dommage*" e "*préjudice*". Dal punto di vista lessicale e dottrinale, ci sono alcune espressioni che è facile accostare alla metonimia, avvolte nell'ambiguità onnipresente. Ancora una volta, nulla è fortuito: l'ideologia dominante perora l'unitarietà della responsabilità e pone freno alla volontà di considerare distintamente le modalità di risarcimento extracontrattuale e contrattuale. Ciò nondimeno, occorre appurare se i termini "*dommage*" e "*préjudice*" sono usati consapevolmente per scopi distinti e precisi o se si debba parlare di un impiego promiscuo, alternativo o casuale. C'è, poi, un secondo punto legato al primo, che si ricollega all'unificazione delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

3. *Domage* e *préjudice*. A differenza del termine italiano "pregiudizio", l'uso contemporaneo di *préjudice* non ha conservato il significato di *préjugé* o *préjugement* che si trova nell'espressione « sans préjudice de mes droits » o nella domanda "*préjudicielle*". Nel lessico della responsabilità civile, il termine *préjudice* si riferisce solo a "ciò di cui si soffre", e "ciò di cui si

soffre” è chiamato anche *dommage*, nonché *lesion*, *injure*, *tort*, *grief*, ecc. Noto che, in assenza di un termine univoco, senza connotazione morale o fisica, per indicare in modo inequivocabile “ciò di cui si soffre”, il Codice civile del Quebec [1991] ha abbandonato l’uso della parola *dommage* per generalizzare quella di *préjudice*. Invece, il progetto belga di riforma della responsabilità civile [2017] ha scelto di generalizzare l’uso del termine *dommage* abbandonando la parola *préjudice*.

4. In Francia, da oltre due secoli, non c’è una preferenza tra i termini “*dommage*” e “*préjudice*”. Il legislatore ed anche la giurisprudenza usano indistintamente l’uno o l’altro.

Molti studiosi, tuttavia, hanno adottato una distinzione per discriminare l’uso di queste due parole e, quindi, porre fine alla sinonimia. I progetti dottrinali Catala (4) e Terré (5), che hanno preceduto quello del governo, erano indirizzati in tal senso. Il “*dommage*” rimanda ad una lesione inferta alla cosa o al corpo. Ha un significato concreto che localizza il danno: la cosa danneggiata, il corpo ferito, entrambi “soffrono” in un luogo preciso. Il *dommage* ha « una sede », si dice. Per estensione, il *dommage* può essere morale quando concerne l’ambito dei sentimenti, o puramente patrimoniale quando incide su beni. Così concepito, il *dommage* è un requisito fattuale per l’attuazione della responsabilità.

“*Les préjudices*” vengono dopo; il plurale è significativo, perché implica l’esistenza di tipi speciali che portano al *diritto alla riparazione/risarcimento*. Rilevo, tra parentesi, che in francese « la réparation du dommage » è espressione più ampia di quella italiana « risarcimento dei danni », almeno ove quest’ultima si riduca alla condanna a un’indennità pecuniaria.

Quindi, con “*réparation des préjudices*” si intendono le conseguenze del danno, gli interessi specifici che ne derivano e che

(4) P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006.

(5) F. Terré et alii, *Pour une réforme du droit des contrats* (Paris 2008); *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* (Paris 2010); *Pour une réforme du régime général de l’obligation* (Paris 2013).

hanno accesso al risarcimento. “*Préjudice*” è la conseguenza del danno, e appare come l’effetto o la continuazione di esso: un attacco all’integrità fisica, cioè un danno fisico, può quindi comportare *préjudices* materiali (come la perdita di stipendio, spese mediche, ecc.) e *préjudices* extra-patrimoniali (sofferenza morale, riduzione del benessere, ecc.).

5. Questa distinzione linguistica, di elaborazione dottrinale, richiede una riflessione perché non è sempre chiara. Secondo me, i promotori (6) di questa tendenza perseguono obiettivi politici diversi. Da un lato, troviamo una gran parte degli studiosi francesi che si occupano di responsabilità civile e di assicurazioni, la cui attenzione è focalizzata sul danno alla persona. Per loro, la distinzione “*dommage/préjudice*” serve a sottolineare la specificità del danno causato alla persona, il cd. “*dommage corporel*”, ed a tracciare le linee di un tipo speciale di responsabilità unitaria (in realtà extracontrattuale). In questo senso, possiamo dire che il “*préjudice*” è il danno qualificato dalla legge e ritenuto idoneo a superare l’esame di riparabilità/risarcibilità, poiché solo il *préjudice* è riparabile/risarcibile, non il “*dommage*”. Ciò è comprensibile quando si parla del corpo umano. L’amputazione di una gamba (*dommage*) porta ad un *deficit* motorio (*préjudice*), diciamo “*un chef de préjudice*”. Quindi, le cure, le protesi e il risarcimento stabiliti dal giudice non sono concepiti come mezzo per riparare il corpo stesso, inteso come la sede del danno, ma come risarcimento del *préjudice* derivante. Sullo sfondo, si ritiene che la coerenza di questa prospettazione si basi sulla premessa simbolica che il corpo umano ferito, cioè “*le dommage*”, non possa essere rimesso/ripristinato al suo stato anteriore, e che, di conseguenza, l’ordinamento giuridico offra un ripristino dei diritti cioè “*préjudices*” solo attraverso finzioni compensatorie. Questa la linea accolta dal progetto: il danno corporale sarebbe disciplinato da normative specifiche: v. artt. 1233, 1233-1 (sull’op-

(6) Ph. Le Tourneau, continuato da C. Bloch e M. Poumarède, *Droit de la responsabilité et des contrats* (Paris 2018/2019); Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, 8^a ed., (Paris 2015).

zione di responsabilità), 1240 (nesso di causalità), 1254 (esonerazione da responsabilità), 1263 (mitigazione del risarcimento) e, soprattutto, 1267 ss. (regole particolari per la riparazione/risarcimento).

Per altro verso, altri promotori della distinzione *dommage/prejudice* guardano, oltre ai danni causati alla persona, anche a quelli causati ai beni. Però, a differenza del corpo umano, una macchina riparata dopo un incidente è uguale a se stessa, se svolge le medesime funzioni, anche se il suo valore può essere diminuito: questa perdita di valore è un *préjudice*. In questa prospettiva, la riparazione ha due possibili oggetti: il *dommage* e il *préjudice* che ne deriva, e quindi le categorie di modalità riparatorie finiscono per accedere ad una quadripartizione se si considera che la riparazione è pecuniaria o non pecuniaria.

Questa visione sembrerebbe accolta dal progetto (v. artt. 1260, 1266 e 1278). L'idea pare essere quella di imporre il primato della riparazione/risarcimento non pecuniario del "*dommage*", allo scopo di prevenire il manifestarsi di "*préjudices*" derivati, regolando e limitando così il risarcimento pecuniario. Forse le due prospettive dovrebbero essere coordinate un po' meglio, però è chiaro che il *Bureau des obligations* è stato fortemente influenzato da questa impostazione.

Tutto questo, tutta questa architettura del progetto si basa sul rispetto scrupoloso della distinzione tra *dommage* e *préjudice*. Se dovessimo tuttavia scoprire, ossia verificare, un uso casuale dei termini in esame, significherebbe che il sistema proposto è fragile o che non c'è.

6. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'ordinanza del 2016 ha mantenuto la disciplina del risarcimento del danno contrattuale in seno all'inadempimento del contratto; la collocazione topografica delle norme in vigore (artt. 1231 ss.) non è stata modificata ed esse, nonostante siano state rinumerate, riprendono sostanzialmente il dispositivo del *Code civil ante* riforma (v. artt. 1146 ss.). Se occorre dar vita all'unificazione delle responsabilità, logicamente questi articoli dovrebbero essere abrogati o, almeno, spostati in altro contesto. Sicché il progetto del 2017 prevede tanto principi comuni ai

due ordini di responsabilità, quanto disposizioni speciali. Regole di raccordo sono agli articoli 1233, 1233-1 e 1234 che prevedono l'opzione per il danno alla persona quando è causato dall'inadempimento del contratto. Principii comuni sono previsti agli artt. 1235 ss.: « E riparabile/risarcibile qualsiasi *préjudice* derivante da un *dommage* consistente nella lesione di un interesse lecito, patrimoniale o extrapatrimoniale ». Inoltre, le disposizioni specifiche sull'inadempimento del contratto stabiliscono che « Qualsiasi inadempimento del contratto che ha causato un *dommage* al creditore obbliga il debitore a risponderne » (art. 1250), che « Tranne in caso di colpa grave o di dolo, il debitore è tenuto a riparare solo le conseguenze dell'inadempimento, ragionevolmente prevedibili al momento della formazione del contratto » (art. 1251), che « La riparazione del *préjudice* derivante dal ritardo nell'esecuzione richiede la preventiva costituzione in mora del debitore », non richiesta per la riparazione di qualsiasi altro *préjudice* o solo se è necessario per « caractériser l'inexécution » (art. 1252).

Fermiamoci qui: ne deduco che le conseguenze dell'inadempimento sono il "*dommage*" prevedibile. E chiaramente usato "*dommage*" al posto di "*préjudice*". Indicativo il titolo della Sottosezione 5 della Sezione 5 — « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat » — nel testo riformato del *code civil* dall'ordinanza del 2016. C'è implicato un errore in questa sostituzione, in questa sinonimia? Forse no.

Se dovessimo ammettere che il "*préjudice*" contrattuale è la conseguenza di un "*dommage*" contrattuale, quale sarebbe il requisito fattuale, qual è il cd. '*fait generateur*' della responsabilità civile? Il problema è che l'inadempimento non può autogenerarsi, non può essere allo stesso tempo il fatto e la fonte dell'obbligazione riparatoria. Non entrerò più nel dettaglio della questione, però a voler approfondire è probabile l'incrocio con tematiche di livello dogmatico più alto, quale quella che rinvia alla nascita dell'obbligazione; significherebbe risalire indietro alla controversia sulla natura della responsabilità civile, e alla confusione tra obbligazione preesistente e obbligazione che nasce dal fatto personale del debitore.

Però, il progetto si fonda sul presupposto che questa discussione sia chiusa (7).

Quindi, una soluzione di compromesso, che può dirsi non soddisfacente, è raggiunta con l'articolo 1251: obbligazione di riparare le conseguenze dell'inadempimento, senza precisare se si tratta di *dommage* o *préjudice*. L'espressione è vaghissima, ma racchiude in sé le due concezioni per comprendere intuitivamente il momento successivo dell'inadempimento ossia tutto ciò che il debitore deve ripristinare per conformarsi alle previsioni negoziali, comprese le perdite e il lucro cessante; per dire, in sintesi, che l'obbligazione riparatoria ha per oggetto tutto ciò che si deve riparare.

L'ambiguità cresce con l'art. 1260: « La riparazione in natura deve essere specificamente destinata a sopprimere, ridurre o compensare il *dommage* ». La norma vale anche per il danno contrattuale prevedibile, poiché la riparazione in natura è pensata diversamente dall'esecuzione in natura.

7. Per riassumere, ho voluto mettere in luce i due grandi architravi concettuali del progetto, astrattamente in conflitto da un punto di vista dogmatico, ma che, sul piano funzionale, *grossomodo* coesistono. Da una parte, quello rappresentato dagli "specialisti" del "danno corporale", che si fanno portatori dell'interesse del sistema assicurativo (privato e anche pubblico) al monitoraggio della reale condizione dei feriti e dei disabili, alla lotta contro le frodi e, naturalmente, in secondo piano, al controllo delle spese per ridurre al minimo il rischio di aggravamento; dall'altra parte, quello di chi ha condotto in porto vittoriosamente la battaglia della "*responsabilité contractuelle*", perorando una concezione del contratto, strumento di regolazione sociale i cui effetti obbligatori derivano sia *ex ante* dalla volontà delle parti sia *ex post* da vincoli socio-politici. Il contratto è allora in grado, se necessario, di svolgere funzioni di regolazione macroeconomica, e la sua plasticità consente al giudice di colmare le lacune della legge in modo appropriato.

(7) M. Boudot, *La responsabilité contractuelle, d'une controverse à l'autre*, La responsabilità contrattuale: profili storici e attuali, a cura di G. Rossetti (Napoli 2017), 57-90.

ABSTRACT

*“Dommage” and “prejudice” in the civil liability reform project.
Linguistic and conceptual clarifications*

The essay analyzes the French civil liability reform project from the perspective of the conceptual difference between “dommage” and “prejudice” and that of the distinction between contractual and non-contractual liability.