La responsabilità in Europa : prospettiva francese

Michel Boudot

▶ **To cite this version:**

Michel Boudot. La responsabilità in Europa : prospettiva francese. Diritto privato europeo e diritti nazionali, A. Plaia (dir.); Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia Tullio Ascarelli, May 2007, Palerme, Italy. hal-04087603

HAL Id: hal-04087603
https://hal.science/hal-04087603

Submitted on 3 May 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.

Notes de conférence

Università degli Studi di Palermo

10 mai 2007

La responsabilità in Europa : prospettiva francese

par Michel BOUDOT,
Faculté de droit de Poitiers.

1. Osservazioni preliminari –Al fine di cogliere compiutamente l'evoluzione del diritto francese della responsabilità civile, occorre tener a mente che uno dei tratti caratteristici della nostra storia contemporanea consiste nel cambiamento dell'immagine dottrinale della *Cour de cassation* nel corso della seconda metà dell'Ottocento e agli inizi del Novecento. Le conseguenze teoriche di questo cambiamento sono duplici : mettere la *Cour de cassation* in posizione d'autorità "*jurislativa"* allo stesso modo del legislatore nelle materie nelle quali quest'ultimo interveniva poco o niente, ed aggiungere (o addirittura sostituire) al sistema del *Code civil*, un sistema delle "grandi sentenze". Questa considerazione preliminare è fondamentale per capire l'evoluzione della responsabilità civile e dei contratti ; la ragione di ciò consiste principalmente nel fatto che, a l'occasione dell'interpretazione delle regole dei titoli III e IV del libro III del *Code civil*, la giurisprudenza francese ha riformato profondamente il diritto della responsabilità e ha imposto una politica sistematica di risarcimento del danno.
Si ricorda che, nel titolo IV del libro III, il sistema della responsabilità civile è organizzato intorno alla *clausula generalis* dell'articolo 1382 "«*Tout fait quelconque de l'homme, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » tradotto nel Codice civile del 1865 in "Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno" (Art. 1151 cod. civ. it. [1865]). Occorre aggiungere l'articolo 1383, il quale ha reso equivalente la negligenza alla colpa, e ugualmente i casi speciali di responsabilità per fatto altrui, per es. del minore, del preposto, dell'allievo (art. 1384), per il fatto degli animali, e per la rovina degli edifici.

2. Il sistema delle grandi sentenze – Quando, alla fine dell'Ottocento, si è posta la questione della ricodificazione del diritto francese delle obbligazioni, la giurisprudenza (o meglio l'alleanza della dottrina e della *Cour de cassation*) ha riformato il sistema del *Code* e trasformato il diritto francese in *case law.* Nel corso del Novecento, la giurisprudenza avrà modificato le fondamenta della responsabilità su tre punti : 1° l'espansione della disciplina della responsabilità civile "*du fait personnel*" – del fatto proprio -, 2° l'invenzione di una responsabilità generale da cose, 3° lo sviluppo dei casi di responsabilità del fatto altrui.

Il quarto punto sarebbe potuto essere lo sviluppo delle responsabilità oggettive per attività pericolose, ma ciò non ha mai costituito la via intrapresa dalla *Cour de cassation*, che ha preferito su questo punto attendere interventi legislativi – o, piuttosto, la quale ha preferito contentarsi della mancanza quasi totale dell'intervento legislativo – in materia di incidenti sul lavoro (l. 9 apr. 1898), in materia d'energia nucleare (l. 30 ott. 1968), in materia d'incidenti della circolazione automobilistica (l. 5 luglio 1985), di rischi sanitari (l. 4 marzo 2002), e nel diritto ambientale (*Code de l'environnement*).

Per persuadersi del ruolo assunto dalla *Cour de cassation* in questa evoluzione del sistema, è sufficiente constatare che le risposte offerte alle interrogazioni poste dalla rivoluzione industriale, e ancor più, post-industriale, non furono mai delle risposte in termini d'attività, ma piuttosto, in termini di relazione con le cose (gli oggetti) e tra le persone.

Il controllo giudiziario dell'imputabilità del fatto dannoso si è sviluppato a partire dei concetti di *garde (*custodia*)* e di custode della cosa e delle persone. Nello stesso contesto, la *Cour de cassation* trasformava l'articolo 1382 nel rimedio universale di tutti i mali subiti, arrivando sino a dissolvere in una casistica spesso incoerente, la risarcibilità del danno ; si rigettava la teoria del rischio, e si rendeva mutualistico in questo modo il risarcimento dei danni grazie al ricorso obbligatorio o quasi imposto alle assicurazioni.

3. Assicurazioni- Non bisogna sbagliarsi. L'estensione del concetto di risarcibilità – ossia la dissoluzione progressiva delle condizioni d'interesse legittimo giuridicamente protetto – sostenuta da una retorica dottrinale di buoni sentimenti, fondata sulla preoccupazione equitativa della protezione delle vittime, ha avuto per effetto diretto e non fortuito di costruire un sistema assicurativo a protezione dei debitori delle obbligazioni di riparazione, cosa che ci ha condotto alla creazione di un sistema ove le vittime potenziali risparmiano tanto quanto gli autori per riparare i propri danni.

Piuttosto che lasciarsi portare dalla corrente del rischio-profitto, il nostro diritto ha oscillato in due direzioni differenti ; da un lato, c'era – e c'è tutt'oggi – l'idea candida secondo la quale ogni danno dovrebbe essere compensato dalla mutualizzazione dei mezzi di riparazione, dall'altro lato, l'ideologia che non farebbe pesare sull'autore del danno – perché è ugualmente produttore della ricchezza nazionale – il peso della riparazione – pretendendo ciò perché sarebbe ingiusto che colui che non ha commesso alcuna colpa sia tenuto a riparare -. In questo modo, l'attore industriale si trova in una situazione di quasi impunità personale, allo stesso modo che l'organizzatore di qualsiasi attività pericolosa non è incitato a prevenire i rischi dell'attività. Questa filosofia, che io non oso qualificare d'utilitarismo, perché il termine appropriato sarebbe *opportunismo*, ha condotto ad uno scardinamento della responsabilità fondata sulla colpa, che, oggi, serve a risarcire ogni cosa, ed a impedire l'emersione dei casi di responsabilità speciale e oggettiva.

4. "*Responsabilité contractuelle*" – Ma, questa trasformazione del sistema non sarebbe stata possibile senza un cambiamento profondo delle fonti delle obbligazioni di riparazione. Per completare, - e fornendo un punto di vista critico -, l'opportunismo giurisdizionale, legittimato dalla teoria dell'unità delle responsabilità contrattuale e aquiliana, ha fornito al sistema della riparazione dell'inadempimento contrattuale una

specie di sostegno semplicistico estratto dalle responsabilità civile personale. L'introduzione di un'obbligazione di sicurezza nel contratto - o dei suoi derivati legati all'obbligazione d'informazione – ha permesso di risarcire dalla lesione all'integrità fisica, per il mezzo dei rimedi contrattuali, e ha avuto come conseguenza, quella di ridefinire le fonti tradizionali delle obbligazioni. Tuttavia, per salvaguardare l'apparenza della separazione classica *contrat / délit* – divenuta *acte juridique / fait juridique* -, il confine tra le due è stato spostato.

La giurisprudenza s'è data la famosissima regola del "*non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle*", la quale erige in realtà una proibizione dell'opzione o del concorso tra rimedi, ma che ha sopratutto amalgamato le nature dei danni derivanti dall'inadempimento. Questi danni sono di natura contrattuale, e quando manca l'obbligazione contrattuale, sarà sufficiente crearla *ex post facto*. Il vero problema politico è che *la Cour de cassation*, diventata *jurislatore,* ha usato il suo potere in maniera oscillante e erratica.

Ove gli altri sistemi giuridici hanno una definizione più ristretta del contratto, e ove sembra ovvio che i danni fisici derivanti fattualmente dall'inadempimento delle obbligazioni contrattuali saranno risarciti per la via aquiliana, la giurisprudenza francese (con una grande parte della dottrina) ha aperto la definizione del contratto trasformandolo in uno strumento di regolazione economica.

5. L'*avant – projet* – Nel settembre 2005, il gruppo di lavoro condotto dal professor Catala ha rimesso al ministro della Giustizia un *avant-projet* di riforma dei titoli III e IV del libro III del *Code civil*. Il testo annuncia uno stravolgimento del sistema della responsabilità civile consacrando una "*responsabilité contractuelle*" ritagliata sul modello della responsabilità aquiliana (art. 1340 Av.-Pr.) ; dei delitti speciali sono ugualmente predisposti. L'idea principale del promotore dell'*avant-projet* era di offrire alla Francia una sorta d'aggiornamento del diritto positivo, presentato sotto forma legislativa , che gli permettesse di farsi ascoltare nel dibattito europeo. Ma, forse, la vera ambizione è più grande, ossia quella di colui che si augura che la Francia trascini nella sua corrente le altre nazioni di tradizione romanistica, e di fare divenire quest'*avant-projet* un modello per l'Europa.

Per presentare la prospettiva francese, non seguirò l'ordine del *Code*, e nemmeno quello dell'*avant-projet,* m'interesserò piuttosto a ciò che non abbiamo, ossia un diritto delle attività pericolose, e mostrerò come il diritto francese ha provato a rimpiazzarne l'assenza grazie allo sviluppo delle responsabilità da cose, per fatto altrui, e con il ricorso alle obbligazioni contrattuali di sicurezza.

6. *Le fait des choses* – L'articolo 1384, comma 1° del *Code civil* prevede che "*l'on est responsable des choses que l'on a sous sa garde*" - testo ripreso dall'*avant-projet*, artt. 1354 sg -.

Per far fronte ai danni cagionati essenzialmente dall'intensificazione del traffico automobilistico, la giurisprudenza francese ha fornito a questo testo – il quale, all'origine, era una semplice frase che annunciava i delitti speciali – una portata esorbitante rispetto a ciò che il Legislatore del 1804 aveva previsto. In verità, si trattava di una nuova clausola

generale di responsabilità presunta per i danni causati dall'utilizzazione di una cosa materiale, ove l'attività dell'automobilista era ricondotta allo *choc* dei veicoli. Un modello tale non è realmente strutturato. 1° danni corporali o materiali, 2° implicazione di un veicolo sottomesso alle prescrizioni della circolazione automobilistica, 3° presunzione della colpa o della responsabilità individuale, 4° sistema mutualistico di copertura dei rischi tramite l'assicurazione obbligatoria.

Per ciò che concerne i danni provocati dalle cose pericolose, in altri termini, dalle cose la cui utilizzazione può esser dannosa al custode che ignora le precauzioni d'utilizzazione, la giurisprudenza ha finito per distinguere secondo la natura della custodia ; custodia materiale, per i danni direttamente imputabili al comportamento del custode, custodia della struttura – *id est, custodia giuridica* - per i danni causati dalla struttura interna della cosa, e tanto il trasferimento della custodia materiale non pose difficoltà, tanto quello della custodia giuridica è problematico.

Tutti questi danni sono risarciti sullo stesso fondamento, quello di una responsabilità presunta (*strict liability*), dalla quale ci si può esonerare esclusivamente dimostrando che il danno non ci è imputabile grazie al caso fortuito, alla forza maggiore o al trasferimento della custodia. Senza dirlo espressamente, si mira al produttore della cosa pericolosa, e a colui che trae vantaggio dal lavoro del custode. Ma, in assenza di una previsione generale sul rischio dell'attività, la responsabilità oggettiva da cose ha costituito una mezza-misura in bilico tra la colpa e il rischio. Oggi, questa costruzione bizantina s'applica a ogni tipo di cosa – salvo alle automobili e ai prodotti difettosi -, agli ascensori, ai liquidi corrosivi, alle bombole di gas, alle onde radio... Lo sviluppo delle responsabilità speciali avrebbe dovuto impedire l'emergenza di questo regime parallelo, ma il Legislatore ha ritardato al punto che questa soluzione si è imposta come il corollario necessario alla responsabilità personale.

A titolo comparativo, il Codice civile italiano possiede delle disposizioni derivanti dall'eredità napoleonica (art. 2051, 2052, 2053), ma la loro interpretazione è riorientata dalla presenza dell'art. 2050 relativo alla responsabilità per attività pericolose. Benché il Codice civile preveda una responsabilità per danno da cose in custodia, questa responsabilità in senso stretto (salvo che si provi il caso fortuito), non è percepita come una *clausula generalis.* Al contrario, è interpretata come un'eccezione che prevede una responsabilità senza colpa provata. È per questo motivo che in caso di concorso tra i due fondamenti della custodia della cosa e dell'attività pericolosa, il diritto italiano propone di considerare differentemente i danni cagionati dall'attività, – l'imprenditore è responsabile salvo a provare che le precauzioni necessari siano state prese - dai danni causati dalla cosa stessa, per presunzione di una colpa di sorveglianza. Un danno da crollo di un cavo elettrico potrebbe esser qualificato dalla giurisprudenza italiana come danno provocato da un'attività pericolosa, a differenza di ciò che affermerebbe il giurista francese, ossia che esso sarebbe stato cagionato da una cosa[1].

[1] ZWEIGERT/KOTZ, II, trad. DI MAJO, p.373

7. ***De lege oblata*** – A fini comparatisci, i principi del *European Group on Tort Law* propongono tre fondamenti della responsabilità civile (colpa, attività pericolosa, fatto altrui). A sua volta, il terreno d'applicazione delle attività rischiose è dissociato secondo due categorie ; la colpa presunta dell'attore economico per i danni cagionati dall'attività dell'impresa (si tratta di una presunzione semplice), e una responsabilità oggettiva per i danni causati da un'attività anormalmente dannosa (art. 5:101).

All'inverso, l'*avant-projet* francese conserva la costruzione pretoriana e la sua generalità. Secondo l'articolo 1354 "si è sempre e comunque responsabili dei danni cagionati dalle cose che si hanno in custodia", ciò vuol dire che non ci si può esonerare per assenza di colpa (al contrario, la forza maggiore permette di esonerarsi). Il principio è, ciò nonostante, accompagnato da un articolo 1362, il quale prevede che l'imprenditore o l'organizzatore di un'attività anormalmente pericolosa, seppur lecita, può esser obbligato a risarcire il danno conseguente a quest'attività, ma, nello spirito dei redattori dell'*avant-projet*, l'attività anormalmente pericolosa consiste in attività suscettibile di produrre un danno collettivo (o un *dommage de masse*). Si ha qui, qualcosa in più che un'innovazione, dato che la forza maggiore sarà impotente per esonerare l'imprenditore ; solo la colpa della vittima – o la sua colpa grave in caso di lesione all'integrità fisica – sarà in grado di esonerarlo.

Le difficoltà sono tutte spostate verso la disciplina delle cause d'esonerazione ; così, la questione dei rischi ricomparirà attraverso quella della loro accettazione da parte della vittima – la quale non avrà trascurato di assicurarsi -. I promotori dell'*avant-projet* fanno ugualmente osservare che la scelta di conservare questa costruzione non fu unanimamente approvata dai membri della commissione[2] ; da un lato, si sosteneva che essa sarebbe inutile tenuto conto dell'adozione a partire dal 1985 della legge che disciplina la circolazione automobilistica, e dall'altro lato, che essa rappresenterebbe un'idiosincrasia concettuale – una di più – che i nostri vicini europei scrutano con occhi dubitativi.

Sarebbe stato, forse, preferibile sostituirlo, sul modello dei principi dell'EGTL, con una responsabilità per attività pericolosa, oggettiva o per colpa presunta, piuttosto che scegliere esclusivamente una responsabilità per rischio anormale. Alla fine, la maggioranza dei membri della commissione s'è pronunciata per il mantenimento dell' *acquis* giurisprudenziale.

8. ***Le fait d'autrui*** – La fine del '900 non ha risparmiato neanche la responsabilità per fatto altrui. Sul terreno della responsabilità dei genitori e quella del preponente, la giurisprudenza è stata incapace fino a tempi recenti di stabilizzare un sistema.
Oggi, il nostro diritto positivo ci offre una situazione abbastanza chiara dal punto di vista dei principi, ma, il cui esame lascia perplessi.

La giurisprudenza s'è forgiata a colpi di *revirements* più o meno netti a partire dagli inizi degli anni '90, si è evoluta distribuendo i regimi speciali secondo lo statuto degli autori del danno, riprendendo in tal modo la logica dell'articolo 1384. La sentenza *Blieck* del '91 e le sue discendenti del '95, hanno perturbato l'interpretazione tradizionalmente

[2] n.18 del § 2 sulla *responsabilité du fait des choses*

restrittiva dei casi di responsabilità per fatto altrui, e l'onda di *choc* s'è propagata agli altri commi dell'articolo 1384.

In primo luogo, in seguito alla sentenza *Blieck*, le decisioni *Levert* e *Poullet* hanno fissato le sorti dei genitori; per poter attivare la responsabilità genitoriale, "è sufficiente che il danno lamentato dalla vittima sia stato direttamente causato dal fatto, seppur non colpevole, del minore". In queste sentenze, si trattava di giovani sportivi e di partite di calcio improvvisate. La conseguenza è che se il danno è causato da un minore, la vittima potrà domandare la responsabilità dei genitori dimostrando solamente "il fatto causale", e i genitori potranno liberarsi solo tramite la prova della causa estranea o della colpa della vittima. Questa giurisprudenza ha dato luogo a una figura originale, completamente sconosciuta nel sistema codicistico : l'obbligazione di riparare il danno causato dall'autore, nei casi nei quali questo ultimo non sarebbe obbligato personalmente a risarcire il danno, in assenza di un fatto generatore di responsabilità imputabile. La colpa manifesta dell'*infans*, intenzionale o involontaria, non è una condizione della responsabilità genitoriale.

In secondo luogo, le sentenze *Coste doat* e *Cousin* hanno ridefinito i rapporti tra preponente e preposto, prevedendo che quest'ultimo non sia dichiarato responsabile nei confronti dei terzi per i danni provocati nei limiti della sua missione ; il terzo avrà azione contro il preposto solamente nel caso in cui questi sia stato "condannato penalmente per aver commesso intenzionalmente un'infrazione che ha provocato un pregiudizio a terzi".

9. Nuovi casi di responsabilità per fatto altrui – La sentenza *Blieck* ha consacrato un principio – la cui generalità è contestata – per il caso in cui una persona debole – in effetti, una persona mentalmente deficiente – avrebbe provocato un danno a terzi ; una responsabilità sopportata da colui ch'è incaricato, a titolo permanente, del controllo del modo di vita del disabile. Per empatia, la *Cour de cassation* l'ha estesa al caso dei danni provocati ai membri delle associazioni sportive in occasione delle competizione o degli allenamenti. Le persone giuridiche sono responsabili per il fatto dei loro membri.

La reinterpretazione segmentata dell'articolo 1384 conduce a alcuni paradossi, ad es. in materia sportiva ; il medesimo danno causato da un minore sportivo, da un dilettante, o da un professionista non sarà riparato allo stesso modo. Il risarcimento di quello provocato dal minore prenderà la forma della responsabilità genitoriale, la quale si contenterà della costatazione del fatto causale dell'*infans* - ancorché non colpevole. Il risarcimento di quello provocato dallo sportivo professionista avrà le sembianze della responsabilità del preponente che garantisce al preposto colpevole un'immunità, e indica nell'associazione o nella società sportiva il solo debitore dell'obbligazione di risarcire.

La riparazione del danno provocato dallo sportivo dilettante consisterà nella responsabilità delle associazioni per il fatto del proprio membro, la quale esige che la vittima dimostri una colpa manifesta da parte dell'autore del danno (caso nel quale la negligenza del preposto sembrerebbe essere sufficiente).

10. La riforma proposta – L'*avant-projet* propone di considerare la responsabilità per fatto altrui come una responsabilità "*de plein droit*", ossia una responsabilità dalla quale non ci si può esonerare provando l'assenza della propria colpa ; soltanto la causa estranea ha

carattere esoneratorio, essendo dotata dei caratteri della forza maggiore (art. 1355). Inoltre, benché i casi si annuncino limitativamente enumerati, la generalità delle formule che ne circoscrivono il tenore ha una falsa apparenza. Si trova agli articoli 1356 e seguenti dell'*avant-projet*, la responsabilità dei genitori e dei tutori per il fatto degli incapaci, quella delle persone alle quali è stata temporaneamente affidata la sorveglianza di un incapace, con, in questo secondo caso, la dimostrazione dell'assenza di colpa come fonte d'esonerazione ; e anche, quella dei preponenti, con una sorte particolare riservata alla situazione dei professionisti che lavorano per un datore, ma senza essere subordinati (in Francia, può essere il caso dei medici).

All'inverso, i principi dell'EGTL propongono due casi di responsabilità – per fatto degli incapaci e dei preposti - che autorizzano i responsabili a provare la loro assenza di colpa.

11. Responsabilità per fatto proprio (art. 1382 e 1383 del *Code civil*) e "*responsabilité contractuelle*"(civile del fatto del debitore). Nella maggior parte dei paesi europei, una relazione relativa alla responsabilità non avrebbe mai invaso il terreno del contratto e del suo adempimento, ma in Francia, la questione è inevitabile, e il contrario sarebbe stupefacente. La "*responsabilité contractuelle*" è un concetto (o un falso-concetto[3]) forgiato dalla dottrina degli anni '20-'30 per indicare l'obbligazione di risarcimento del danno causato dall'inadempimento del contratto imputabile al debitore. Questo fatto dell'inadempimento è considerato come generatore di una colpa civile identica a quella del delitto, a tal punto che la *responsabilité contractuelle* si presenta oggi, non come rimedio d'esecuzione per equivalente, ma come una variante della responsabilità civile, a fianco alla responsabilità aquiliana.

Le due responsabilità avrebbero una natura identica, ma, la questione è che il sistema del *Code* le ha dotate di regimi distinti, in ragione dell'esistenza di un contratto tra "l'autore del danno" e la "vittima", ossia il debitore e il creditore. Per misurare l'ampiezza delle difficoltà, occorre comprendere che nella prospettiva francese, la *responsabilité contractuelle* non è semplicemente la disciplina dei rimedi contrattuali, ma anche quella della riparazione dei danni subiti all'occasione dell'adempimento di un contratto, benché questi danni possano apparire extra-contrattuali.

Nel diritto italiano, una definizione ridotta del contratto il cui oggetto è patrimoniale, permette di qualificare la disciplina dell'inadempimento come responsabilità contrattuale, e di trattare tramite la via extra-contrattuale i danni corporali subiti in occasione dell'esecuzione, in quanto questi danni sono per natura e per definizione estranei alle obbligazioni contrattuali. Nel diritto francese, tali danni saranno risarciti grazie al ricorso alle obbligazioni di sicurezza che la giurisprudenza ha inventato nel corso del '900. Da noi, la congiunzione di una definizione estesa del contratto con l'idea che la *clausula generalis* di responsabilità aquiliana è un rimedio universale , ha permesso ai giudici di costruire un sistema ove la disciplina dell'inadempimento possa (dovesse servire a) riparare le conseguenze dannose dell'attività della controparte. Ancora una volta, è stato trovato un palliativo alla teoria del rischio, ma questo colpo lo si è fatto imponendo delle

[3] Ph. REMY, « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux-concept », Rev. trim. dr. civ. 1997, p.323

obbligazioni generali ai professionisti e a ogni debitore di sicurezza e d'informazione. Inizialmente, i trasportatori, i venditori di prodotti pericolosi, i costruttori, ecc. , ma rapidamente è apparso il problema al livello politico che le obbligazioni poste a carico di alcune categorie professionali, non potevano avere la stessa intensità – occorreva risparmiare i medici -; la giurisprudenza ha quindi colto l'occasione per distinguere a seconda dei professionisti, e sono state create le obbligazioni di mezzi (semplici, rinforzate), e di risultato (alleggerite, aggravate). In breve, il diritto del risarcimento dei danni corporali è divenuto un *case law*, ove l'assenza di delitti specialmente previsti per regolare tale attività pericolosa ha condotto verso l'assicurazione sistematica.

Questo sistema giurisprudenziale contiene diverse incoerenze :

In primo luogo, è necessario sottolineare che al fine di conservare e giustificare la dualità delle responsabilità – fortunatamente, la *Cour de cassation* non può abrogare formalmente i testi del *Code civil* ! – si è avuto bisogno di porre la "*règle du non-cumul*" delle responsabilità, cosa che ha avuto per effetto che in presenza di un contratto, il debitore non poteva chiedere il risarcimento del suo danno sul terreno del delitto, comprese le lesioni all'integrità fisica ; tuttavia, il regime del contratto, più favorevole in termini probatori, non promette il risarcimento integrale del danno (salvo per il dolo e la colpa grave), ma soltanto quello del danno previsibile.

L'effetto perverso del sistema è dovuto all'evoluzione della responsabilità civile aquiliana (del fatto proprio e del fatto da cose), la quale promette invece il risarcimento integrale del danno.

Ora, le condizioni dell'attivazione della responsabilità extra-contrattuale sono state considerabilmente alleggerite nel'900, in modo che accade spesso che il creditore dell'obbligazione di sicurezza sia trattato in maniera migliore rispetto ai terzi.

In secondo luogo, esistono, ad ogni modo, degli ambiti nei quali la giurisprudenza è parsa rifiutarsi d'introdurre questo tipo di ragionamento ; è il caso della materia sportiva, uno dei rari settori nei quali il danno è concepito prima di tutto in maniera extra-contrattuale ; ciò fa sì che, per es. in caso di danno cagionato nel corso di una partita di Golf, l'organizzatore della competizione non sarà obbligato alla riparazione dal contratto di gioco eventualmente concluso con il giocatore, e non lo si presumerà responsabile dei danni causati, seppur da un'attività pericolosa. Pesa sul danneggiato l'onere della dimostrazione della colpa dell'organizzatore o la custodia della palla da parte del suo avversario per sperare nella riparazione. Tuttavia, l'obbligazione contrattuale di sicurezza riapparirà quando sarà accessoria a un'obbligazione d'insegnamento ; e, la maggior parte del tempo, l'organizzatore sarà responsabile nei confronti degli spettatori.

12. Proposizioni – L'*avant – projet* ha deciso di proporre l'introduzione della responsabilità contrattuale e ha collocato nel primo testo del sotto-titolo consacrato alla responsabilità civile una previsione generale trascendente la distinzione tra le due responsabilità. "Ogni fatto illecito o anomalo che abbia causato ad altri un danno obbliga colui al quale è imputabile a risarcirlo.

Allo stesso modo, ogni inadempimento di un'obbligazione contrattuale che abbia causato un danno al creditore obbliga il debitore a risponderne".

Questo principio, che promulgherà l'unità delle colpe, stabilisce una situazione che limita i rimedi contrattuali solamente all'esecuzione forzata ed alla risoluzione, e sposta il risarcimento contrattuale nella sfera del delitto, - ciò provoca una serie d'incongruità-.

1°. Primo, l'*avant – projet* pone il principio di una preferenza per la riparazione in forma specifica rispetto al risarcimento pecuniario (art. 1368), - questo non è un punto criticabile – ma in materia contrattuale, gli articoli 1154 e ss. offrono una versione sorprendente. Qui, non è il giudice che ha la scelta del rimedio idoneo, è il creditore che può optare tra l'esecuzione forzata in natura, o l'attribuzione del "risarcimento per equivalente".

Per cogliere l'economia dei testi, bisognerebbe poter allora distinguere le misure d'esecuzione in forma specifica e la riparazione in forma specifica del danno contrattuale, cosa che lascia perplessi numerosi autori[4].

2°. Secondo, l'*avant – projet* introduce dei *punitive damages* e la *mitigation of damage* . La volontà di moralizzare il diritto della responsabilità civile non è nascosta. Sorvegliare e punire, il nostro diritto entra in un'era ove i delitti – il delitto contrattuale come gli altri – si accompagnano di una contravvenzione la cui misura non è data dalla legge. Il professor Rémy fa osservare che si sarebbe potuto trarre profitto dal nuovo codice civile olandese, il quale sanziona le colpe lucrative in funzione del profitto realizzato dal colpevole.

3°. Terzo, il testo prevede il principio della non – opzione e la sua derogazione favorendo la vittima fisica, e autorizzandola ad optare per la via di riparazione più favorevole. Questa proposizione induce a una riformulazione dogmatica della classificazione delle fonti delle obbligazioni. In presenza di una lesione all'integrità fisica della controparte, la colpa contrattuale (ossia l'inadempimento dell'obbligazione di sicurezza) è un delitto riparato secondo la scelta del danneggiato per la via contrattuale o aquiliana. Sembrerebbe che questa regola operi come un ritorno all'idea classica, ma, in realtà, sotto questa apparenza, vi si celano esclusivamente delle questioni d'assicurazione – e non dogmatiche : la vittima potrà scegliere la migliore riparazione in base all'assicurazione sottoscritta dalla sua controparte.

13. Conclusione – Ritengo importante sottolineare che *l'avant-projet* consiste in uno sforzo meritevole di razionalizzazione del diritto positivo francese, ma ha due handicap. Il primo consiste nel fatto di essere una codificazione "*à droit jurisprudentiel constant*", che non mostra una prospettiva chiara per cogliere il diritto delle attività pericolose ; il secondo si sostanzia nel rischio di vedere il diritto francese isolato, ancor più, all'interno della famiglia dei diritti romano-germanici.

[4] FAURE-ABBAD, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *Recueil Dalloz* 2007, p.165 sg.