



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

Newsletter n. 6 – giugno 2018

Area legale

IN BREVE

DIRITTO FINANZIARIO

- L'integrale garanzia della restituzione del capitale investito rende la polizza unit o index linked un prodotto assicurativo, altrimenti trattasi di un prodotto finanziario pignorabile e tassabile in caso di successione,
a cura dell'Avv. Vittorio Versace [\(vai all'approfondimento\)](#)

DIRITTO BANCARIO

- Saldo zero su azione di ripetizione dell'indebito promossa dal correntista, Cassazione Civile, Sez I, 30 novembre 2017, n. 28819,
a cura del Dott. Comm. Giuseppe Celestini [\(vai all'articolo\)](#)

PRIVACY

- GDPR: fanno piu' paura le sanzioni pecuniarie o i poteri correttivi?
a cura dell'Avv. Nicola Salvarani [\(vai all'articolo\)](#)
- Privacy e impianti di videosorveglianza: il provvedimento del Garante n. 102 del 22 febbraio 2018 e le novità introdotte dal Regolamento UE n. 679/2016 (G.D.P.R.)
a cura dell'Avv. Stefano Versace [\(vai all'articolo\)](#)

CONTRATTUALISTICA INTERNAZIONALE

- Principi UNIDROIT quale strumento innovativo per la regolamentazione dei contratti internazionali.
a cura dell'Avv. Federica Ballerini [\(vai all'articolo\)](#)

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

- Il valore probatorio delle e-mail,
a cura dell'Avv. Chiara Pisani [\(vai all'articolo\)](#)

RESPONSABILITA' MEDICA

- Legittimazione passiva dell'assicurazione della struttura ospedaliera o del medico nel procedimento di ATP: contrasto giurisprudenziale di merito,
a cura dell'Avv. Lucia Campora [\(vai all'articolo\)](#)



Lo Studio Triberti Colombo & Associati – quale membro del Network HLB International – presta la propria attività di consulenza legale indifferentemente in lingua italiana e inglese.

CONTATTI E ULTERIORI INFORMAZIONI

Milano – Area Legale
20123 – S. Vittore, 16
Tel. 02.366.336.63
Fax 02.366.336.53
e-mail: milano.legali@tricol.it



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 6 – GIUGNO 2018

AREA LEGALE

IL NOSTRO APPROFONDIMENTO

DIRITTO FINANZIARIO

- **L'integrale garanzia della restituzione del capitale investito rende la polizza unit o index linked un prodotto assicurativo, altrimenti trattasi di un prodotto finanziario pignorabile e tassabile in caso di successione.**

Con una recente ordinanza (30.04.2018 n. 10333) la Corte di Cassazione torna su un concetto già espresso in una più risalente pronuncia del 2012 (la n. 6061), confermandolo: se nelle polizze *unit linked* e *index linked* manca la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza e dunque la natura assicurativa del prodotto, il prodotto oggetto dell'intermediazione deve essere considerato un vero e proprio investimento finanziario e non come una polizza vita, da parte di coloro che figuravano come assicurati.

Il Giudice, afferma la Suprema Corte, *“al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario ed il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa, deve interpretare il contratto, e tale interpretazione non è censurabile in sede di legittimità se immune da vizio di motivazione, al fine di stabilire se esso, al di là del "nomen iuris" attribuitogli, sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di "performance" sia per intero addossato all'assicurato)”*.

Il principio stabilito dalle due suddette pronunce è importante per il risparmiatore persona fisica perché, riquilificando le polizze *unit linked* e *index linked* che non garantiscano il capitale a scadenza come prodotto finanziario e non assicurativo, le somme dovute ai beneficiari in caso di morte dell' "assicurato" non sono esenti dalla tassa di successione, come lo sono quelle derivanti dalle polizze vita, ma sono soggette a tale imposta.

Il riconoscimento della natura finanziaria e di investimento della polizza potrebbe comportare anche l'inapplicabilità dell'art. 1923 c.c., secondo cui le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare.

Quindi, mentre le polizze assicurative sulla vita sono sottratte ad azioni esecutive e cautelari, sono impignorabili e inesquestrabili, e anche in caso di fallimento, potrebbero essere esenti da revocatoria, qualora invece al contratto non venisse riconosciuta alcuna natura previdenziale, ma solo quella di investimento, la polizza potrebbe essere assoggettata a pignoramenti, sequestri preventivi e conservativi.

Avv. Vittorio Versace – vversace@tricol.it

(torna all'indice)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 6 – GIUGNO 2018

AREA LEGALE

DIRITTO BANCARIO

- Saldo zero su azione di ripetizione dell'indebito promossa dal correntista, Cassazione Civile, Sez I, 30 novembre 2017, n. 28819.

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione, in soluzione di continuità con quanto statuito dalla corte territoriale di Lecce, si è espressa in ordine all'applicazione del criterio del c.d. "saldo zero" nel caso di azione di ripetizione di indebitto promossa dal correntista.

La controversia *de qua* verte sull'accertamento/rettifica del saldo di un conto corrente bancario i cui estratti conto non erano stati integralmente prodotti, attestandosi come tardiva la produzione degli estratti relativi al periodo 8.1.1986 – 31.12.1986.

Il riferimento normativo degli estratti conto, nonché di tutte le comunicazioni periodiche alla clientela, è il 119 TUB, il quale, al comma 4, prevede che "il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo [...] hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni". Il tema dell'esibizione degli estratti conto deve essere affrontato in combinato disposto con l'art. 2697 c.c.. Quest'ultimo presuppone che chi agisce in giudizio per far valere un diritto sia gravato dell'onere della prova dei fatti che ne costituiscono fondamento. Un importante filone dottrinale permette di affrontare l'impasse dell'onere della prova ex art. 2697 c.c. cui si ricollegano le problematiche sottese all'art. 119, comma 4, TUB.

Ormai pacifica la Cassazione in relazione alla conservazione degli estratti conto; da numerose pronunce della stessa emerge che è onere della banca produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto. (Cass. Civ., 20 aprile 2016, n. 7972; Cass. Civ., 18 settembre 2014, n. 19696; Cass. Civ., 26 gennaio 2011, n. 1842; Cass. Civ., 25 novembre 2010, n. 23974; Cass. Civ. 10 maggio 2007, n. 10692). Tale principio vale anche ove ci si riferisca all'addebito di interessi anatocistici non dovuti. Nondimeno, la mancanza degli estratti conto riferibili al periodo iniziale del rapporto non preclude l'indagine contabile per il periodo successivo, potendo questa attestarsi sulla base di riferimento più sfavorevole per il creditore istante, quale, a titolo esemplificativo, quella di un calcolo che preveda l'inesistenza di un saldo debitore alla data dell'estratto conto iniziale (così Cass. 26 gennaio 2011, n. 1842 cit., in motivazione). Attenendosi a tale orientamento, l'onere della prova del credito ricadrebbe sull'intermediario anche nelle ipotesi in cui sia il correntista ad agire.

È pacifico che, ai sensi dell'art. 1856, comma 1°, c.c., la banca risponde dell'esecuzione degli incarichi che le siano stati conferiti dal correntista o da altro cliente secondo le regole in tema di mandato. Ne consegue che la banca è obbligata a tenere, nell'esecuzione degli incarichi di pagamento commessi dai clienti, il comportamento configurato negli artt.1710 ss. c.c.. Orbene, ai sensi dell'art. 1713 c.c. "il mandatario deve rendere il conto del proprio operato". Il rendiconto non consiste in un mero documento contabile dal quale evincere le indicazioni di spese e di ricavi, bensì nel dovere di consegna della documentazione atta a rendere possibile una verifica dell'operato del mandatario.

Bisogna altresì evidenziare che il conto corrente è un rapporto giuridico unitario anche se articolato in più atti esecutivi (Cass. 9 aprile 1984, n. 2262; Cass., 14 maggio 2005, n. 1590). Per di più il termine di prescrizione del diritto del cliente a ottenere il rendiconto della banca è decennale e, considerato che



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

il mandato è un rapporto giuridico unitario anche se articolato in più atti esecutivi (Cass. 9 aprile 1984, n. 2262; Cass., 14 maggio 2005, n. 1590), il *dies a quo* è quello della conclusione del mandato (Cass., 22 agosto 1985, n. 4480), ovverosia, decorre dalla chiusura del conto corrente.

È inoltre pacificamente affermato in giurisprudenza che le banche debbano conservare gli estratti conto per almeno dieci anni dalla cessazione del rapporto; trattasi di un principio confermato proprio recentemente dalla Corte di Cassazione con la decisione 20 gennaio 2017, n. 1584, ove si chiarisce testualmente che *“nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la banca ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto. Quest'ultima non può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni, perché non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito. Tale principio trova applicazione anche nel caso in cui si controverta dell'addebito di interessi anatocistici non dovuti”*.

Con riferimento all'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. la parte deve dimostrare di aver provato ad ottenere la documentazione di cui chiede l'esibizione con gli strumenti extra processuali, al fine di evitare di instaurare una causa senza aver letto la documentazione da cui vuole inferire le sue eccezioni e le sue domande processuali e finanche le nullità o la consumazione di reati. Principio non più insormontabile a partire dalla pronuncia della Corte di Cassazione (Cass. 11554/2017) con la quale si è puntualizzato che la richiesta di acquisizione dei documenti può essere fatta dal cliente anche per la prima volta nel corso del giudizio, onde evitare che si possa trasformare, in via indebita, uno strumento di protezione del cliente in uno strumento di penalizzazione del medesimo, facendo transitare la richiesta di documentazione del cliente dalla figura della libera facoltà a quella, decisamente diversa, del vincolo dell'onere. Osserva infatti la Suprema Corte con la sentenza n. 11554 del 11.05.2017, *“neppure è da ritenere che l'esercizio del potere in questione sia in qualche modo subordinato al rispetto di determinate formalità espressive o di date vesti documentali; né, tantomeno, che la formulazione della richiesta, quale atto di effettivo esercizio di tale facoltà, debba rimanere affare riservato delle parti del relativo contratto o, comunque, essere non conoscibile dal giudice o non transitabile per lo stesso. Che simili eventualità si tradurrebbero, in ogni caso, in appesantimenti dell'esercizio del potere del cliente: appesantimenti e intralci non previsti dalla legge e frontalmente contrari, altresì, alla funzione propria dell'istituto. Il tutto, in ogni caso, nell'immanente limite di utilità, per il caso di esercizio in via giudiziale della facoltà di cui all'art. 119, che la richiesta si mantenga entro i confini della fase istruttoria del processo cui accede”*.

Sempre la Corte di Cassazione ha ribadito che in tema di rapporti bancari in conto corrente, la dichiarazione di nullità delle clausole che prevedono la capitalizzazione trimestrale e di quelle che fanno rinvio agli usi per la determinazione del tasso di interesse ultralegale, comportando la rideterminazione del saldo del conto, con applicazione del tasso legale e previa esclusione dell'anatocismo, fa sorgere in capo all'Istituto di credito l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto, in modo da consentire la ricostruzione integrale dell'andamento del dare e dell'avere.

Nel caso di specie, i giudici della Corte d'Appello di Lecce, affermano il principio secondo cui, in mancanza di tutti gli estratti conto, non potrà procedersi alla ricostruzione del saldo in quanto, qualora lo si facesse, questo sarebbe inficiato *ab origine* dall'illegittima applicazione al rapporto di conto corrente di interessi debitori e di capitalizzazione trimestrale degli stessi interessi. Conseguentemente spetta alla Banca provare la legittimità del credito e, dunque, dimostrare che lo stesso rapporto non fosse inficiato dall'applicazione degli oneri suindicati illegittimamente previsti in contratto. Conformemente possono richiamarsi numerose pronunce della Suprema Corte secondo cui, con riferimento ai rapporti bancari in conto corrente, una volta che si escluda la validità, per mancanza dei



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

requisiti previsti *ex lege*, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, “*la banca, al fine di dimostrare il proprio credito, ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto e non può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni, perché non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito*” (così Cass. 25.11.2010 n. 23974; conf. Cass. 26.1.2011 n. 1842 e 19.9.2013 n. 21466).

Pertanto, attestandosi ai principi di cui all'art. 2697 c.c., non potrà che procedersi ai conteggi partendo dal c.d. saldo zero, *ovvero da una posizione in cui nessuna delle parti vanta debiti/crediti nei confronti dell'altra*. È altresì pienamente condivisibile l'ulteriore affermazione del giudice secondo cui il saldo zero non costituisce necessariamente un punto favorevole per il correntista, ben potendosi verificare la situazione che, all'esito del ricalcolo operato escludendo gli addebiti illegittimi, vede un saldo positivo per il cliente della Banca. In altre parole il giudice effettua una valutazione equitativa che consente, in mancanza di adeguata prova, di utilizzare un saldo (il saldo zero) che rappresenti il corretto punto di partenza per poter effettuare il ricalcolo alla luce delle informazioni relative alle operazioni effettuate sul conto corrente bancario.

Sul punto è stata chiamata ad esprimersi la Corte di Cassazione. Parte ricorrente, l'Istituto di credito, tra le varie doglianze, lamentava l'applicazione del c.d. saldo zero e la violazione dell'art. 2697 c.c. per aver posto a suo carico la prova del saldo iniziale.

Con riferimento a tali rimostranze i giudici della Corte evidenziano che l'applicazione del saldo zero non è stata consequenziale alla supposizione dell'illegittimità delle clausole applicate ma necessitata dall'impossibilità di ricostruire l'andamento del conto senza effettuare «*una sorta di sanatoria degli addebiti illegittimi verosimilmente operati dall'Istituto di credito in tale periodo*».

Dott. Comm. Giuseppe Celestini – gcelestini@tricol.it

(torna all'indice)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 6 – GIUGNO 2018

AREA LEGALE

PRIVACY

- GDPR: fanno piu' paura le sanzioni pecuniarie o i poteri correttivi?

Con il nuovo GDPR i titolari del trattamento e i responsabili del trattamento hanno maggiori responsabilità nel garantire l'efficace tutela dei dati personali delle persone fisiche. Le autorità di controllo europee (in Italia il Garante per la Protezione dei Dati Personali) sono dotate di poteri per garantire che i principi del regolamento generale sulla protezione dei dati e i diritti delle persone interessate siano rispettati conformemente all'enunciato e alla ratio del regolamento. Le sanzioni amministrative pecuniarie rappresentano un elemento centrale del nuovo regime introdotto dal regolamento per far rispettare le norme. L'importo delle **sanzioni amministrative pecuniarie** può salire fino a 20 milioni di euro, o alternativamente, sino al 4% del fatturato mondiale. Ma non sono le sole. E non è detto che siano le più efficaci. Come già previsto nel Codice della Privacy, le autorità di controllo hanno una serie di **poteri correttivi** previsti dall'articolo 58 del GDPR. Tali poteri prevedono per esempio la possibilità di limitare o vietare un trattamento. Benché l'opinione pubblica abbia teso l'orecchio alle sanzioni amministrative pecuniarie in senso stretto (certamente molto più elevate che in passato), le conseguenze economiche di un ordine di questo tipo potrebbero essere anche più gravi di quelle derivanti da una mera sanzione amministrativa. Vietare un trattamento può significare per esempio interrompere del tutto un servizio verso i propri clienti, e dunque avere un impatto ben più significativo e immediato delle sanzioni, causando danni ben più gravi. Le conseguenze poi oltre che economiche potrebbero essere di natura reputazionale. Una volta accertata la violazione del regolamento dopo aver valutato i fatti del caso, l'autorità di controllo competente deve individuare la o le misure correttive più appropriate per affrontare tale violazione. Come tutte le misure correttive in generale, le sanzioni amministrative pecuniarie dovrebbero rispondere adeguatamente alla natura, alla gravità e alle conseguenze della violazione, e le autorità di controllo devono valutare tutte le circostanze del caso in maniera coerente e oggettivamente giustificata. La reazione effettiva, proporzionata e dissuasiva a una violazione dipenderà tuttavia dalle circostanze del caso. Dunque a volte l'uso del potere correttivo potrebbe essere la scelta migliore per l'autorità di controllo, e contestualmente la peggiore per il titolare o il responsabile del trattamento.

Avv. Nicola Salvarani – nsalvarani@tricol.it

(torna all'indice)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 6 – GIUGNO 2018

AREA LEGALE

PRIVACY

- Privacy e impianti di videosorveglianza: il provvedimento del Garante n. 102 del 22 febbraio 2018 e le novità introdotte dal Regolamento UE n. 679/2016 (G.D.P.R.).

Con provvedimento n. 102 del 22 febbraio 2018 il Garante italiano per la protezione dei dati personali si è pronunciato a seguito di una richiesta di verifica preliminare avanzata da una Società.

La stessa ha provveduto a formulare la richiesta al Garante poiché, con l'obiettivo di innalzare il proprio livello di sicurezza, avrebbe voluto dotarsi di un impianto di videosorveglianza c.d. "intelligente", in grado di riscontrare in tempo reale comportamenti anomali o possibili illeciti da parte di personale interno alla società e/o altri soggetti terzi esterni all'organizzazione. L'impianto è in grado, inoltre, di rilevare determinati movimenti al di fuori di tracciati predefiniti, di identificare un soggetto nel momento in cui risulti immobile all'interno di una specifica area e di individuare i veicoli fermi in prossimità di zone sensibili.

Al Garante, che si è pronunciato prima dell'entrata in vigore del Regolamento U.E. n. 679/2016 (G.D.P.R.), è stato richiesto di valutare se il predetto impianto di videosorveglianza "intelligente" è conforme ai principi di necessità, finalità, proporzionalità e correttezza richiesti dal Codice in materia di protezione dei dati personali (D.lgs. 196/2003), tenendo altresì conto dell'ulteriore richiesta da parte della Società di conservare le immagini frutto dell'attività di videosorveglianza per un arco temporale di 90 giorni a fronte di un "normale" periodo di conservazione delle immagini che lo stesso Garante aveva già ritenuto (v. provvedimento del Garante del 8 aprile 2010) di dover limitare alle ventiquattro ore successive alla rilevazione, fatte salve specifiche esigenze che giustificano un tempo maggiore comunque non eccedente la settimana.

Al di là della decisione presa dal Garante nel caso in esame che ha accolto la richiesta dalla Società in considerazione delle specifiche finalità e del contesto concreto che ha portato la stessa ad optare per l'installazione dell'impianto, è interessante notare quanto il Garante abbia comunque voluto ribadire, e cioè, da un lato, che *"in linea di massima tali sistemi devono considerarsi eccedenti rispetto alla normale attività di videosorveglianza, in quanto possono determinare effetti particolarmente invasivi sulla sfera di autodeterminazione dell'interessato e, conseguentemente, sul suo comportamento"*, dall'altro, che *"a decorrere dal 25 maggio 2018, data di applicazione del Regolamento (UE) 2016/679, il titolare del trattamento in ossequio al principio di responsabilizzazione di cui all'art 24 dovrà valutare autonomamente la conformità del trattamento che intende effettuare alla disciplina vigente, verificando il rispetto di tutti i principi in materia nonché effettuare, in particolare, una valutazione di impatto ex art. 35 del citato regolamento ovvero attivare la consultazione preventiva ai sensi dell'art. 36 del Regolamento"* che, tuttavia, presuppone l'esecuzione della valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali da parte del titolare del trattamento.

Le imprese, pertanto, non potranno sottovalutare le novità introdotte dal G.D.P.R. e, anche in materia di videosorveglianza, dovranno prestare molta attenzione se non vogliono incorrere in sanzioni.

Avv. Stefano Versace – sversace@tricol.it

(*torna all'indice*)

Studio Triberti Colombo & Associati – Area Legale

Via San Vittore n. 16 - 20123 Milano

Tel +39 02 366.336.63 - Fax +39 02 366.336.53



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 6 – GIUGNO 2018

AREA LEGALE

CONTRATTUALISTICA INTERNAZIONALE

- Principi UNIDROIT quale strumento innovativo per la regolamentazione dei contratti internazionali.

Nell'ambito della negoziazione di un contratto internazionale, ci dobbiamo in primo luogo scontrare con la scelta della legge applicabile, scelta che ricade alla fine quasi sempre sull'ordinamento nazionale di una delle parti del contratto, quale molto spesso frutto di un compromesso nella negoziazione, più in generale, delle altre clausole.

Il più delle volte, però, la legge nazionale presenta rigidità che mal si conciliano con le specificità ed esigenze di un'operazione internazionale, come per esempio la necessità nel commercio di ottenere una licenza all'importazione o esportazione di merci, servizi o capitali, la necessità di regolamentare gli effetti conseguenti alla svalutazione della moneta ecc...

Altresì è da considerare la riluttanza delle corti nazionali ad applicare un diritto straniero che molto spesso non conoscono o che, appunto, non collima con il loro senso di equità e di giustizia.

Un primo tentativo di superare la rigidità degli ordinamenti nazionali è stato quello dell'unificazione del diritto internazionale attraverso strumenti legislativi, quali sono appunto le convenzioni internazionali. Tuttavia, anche le convenzioni internazionali hanno rivelato una scarsa capacità di adattamento ai continui sviluppi del commercio internazionale.

Recentemente, invece, ha preso piede la tendenza a elaborare strumenti di armonizzazione non legislativi, redatti attraverso l'aiuto di operatori economici, in modo tale da essere intesi in maniera sostanzialmente uniforme da chiunque li applichi. In questa categoria si collocano i cd. Principi Unidroit, concepiti dalle organizzazioni internazionali per far fronte all'inconveniente dell'armonizzazione settoriale del diritto del commercio internazionale. Più in particolare, i Principi Unidroit sono stati redatti dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto, un'istituzione delle Nazioni Unite con sede a Roma il cui scopo principale è quello di elaborare strumenti per armonizzare e coordinare il diritto privato e, in particolare, il diritto commerciale degli Stati.

I Principi Unidroit sono uno strumento innovativo innanzitutto perché non rientrano in nessuna delle tradizionali categorie di strumenti giuridici che sono finora stati concepiti a livello internazionale. Il contenuto dei Principi Unidroit si manifesta più flessibile rispetto alle fonti legislative ed è costituito da un Preambolo, in cui sono elencati i principali modi in cui essi possono essere applicati nella prassi, e 211 articoli suddivisi in undici capitoli, i quali sono accompagnati da un commentario e da illustrazioni esemplificative su come la regola può essere applicata nella prassi.

Svolgono un ruolo centrale gli usi e le pratiche commerciali nella determinazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ciò permettendo sicuramente il costante adattamento alle sempre mutevoli condizioni tecniche ed economiche del commercio internazionale.

L'utilizzo dei Principi Unidroit comporta vantaggi dal punto di vista, per esempio, del superamento delle barriere linguistiche – essendo gli stessi stati redatti in cinque lingue ufficiali e nove non ufficiali – e dell'identificazione delle maggiori questioni giuridiche nel corso della negoziazione; costituisce inoltre sicuramente una fonte di ispirazione importante per le riforme legislative (ricordiamo, nei paesi occidentali, la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni e le riforme dei codici civili olandesi e



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

spagnolo). Il lato negativo di tali principi – e questo è anche il motivo della loro attuale scarsa utilizzazione come legge del contratto – risiede nel fatto che gli stessi non rappresentano un sistema completo di diritto contrattuale, rimanendo comunque il tema della scelta di quale diritto nazionale applicare per tutta la serie di questioni non regolate. A ciò si aggiunga che l'utilizzo dei Principi Unidroit va di pari passo con la scelta dell'arbitrato, il quale – se costituisce sicuramente la sede ideale per poter applicare tali principi rispetto alle corti nazionali – è d'altro canto uno strumento assai oneroso e consigliabile unicamente in operazioni di valore elevato.

Da un esame statistico dei lodi arbitrali dell'ICC, deriva che i Principi Unidroit sarebbero applicati in circa il 2% dei casi, non tanto in sé e per sé, ma per interpretare ed integrare il diritto nazionale applicabile. Gli studiosi dei Principi Unidroit trovano una delle principali ragioni del loro scarso successo empirico nel fatto che generalmente l'attività per la loro promozione si sostanzia in organizzazione di conferenze e seminari rivolte esclusivamente ad un pubblico di altri studiosi “addetti ai lavori”, quando invece il professionista dovrebbe avere il compito di svolgere un paziente lavoro di persuasione direttamente nei confronti degli operatori economici, comprese le piccole e medie imprese, i quali paradossalmente sarebbero i veri protagonisti che maggiormente potrebbero valutare e sperimentare terreni di negoziazione alternativi e, forse, più efficienti ed efficaci nella prassi.

Avv. Federica Ballerini – fballerini@tricol.it

(torna all'indice)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 6 – GIUGNO 2018

AREA LEGALE

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

- Il valore probatorio delle e-mail.

In questo tempo virtuale, dove ogni manifestazione di volontà viene spesso veicolata con strumenti telematici, anche gli accordi commerciali vengono trattati e conclusi mediante un semplice scambio di e-mail.

Sul punto anche la giurisprudenza sta assumendo una posizione sempre più precisa.

Partendo, infatti, dal presupposto che il consenso delle parti può essere manifestato mediante qualsiasi forma idonea, la Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata sul valore probatorio delle e-mail. Lo ha fatto con l'ordinanza n. 11606 del 14 maggio 2018, esaminando una vicenda che traeva origine da un decreto ingiuntivo intimato ad una società per il pagamento di strumentazioni di navi. Il Tribunale di Milano, preso atto dell'avvenuto pagamento in corso di causa di un minor importo rispetto a quanto ingiunto, revocava il decreto ingiuntivo e condannava la società al pagamento della somma residua. La sentenza di primo grado veniva impugnata, ma anche la Corte d'Appello riteneva che il credito azionato, e quindi il rapporto commerciale intercorso fra le parti, fossero stati provati dallo scambio di e-mail intervenuto a suo tempo tra i rappresentanti delle due società, tanto da ritenere che la predetta documentazione *“rendeva superflue le ulteriori deduzioni istruttorie per prova testimoniale della debitrice opponente a decreto ingiuntivo”*.

Sul punto, la Corte di Cassazione ha ricordato come, *“ai sensi del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 1, comma 1, lett. p), (Codice dell'amministrazione digitale), la e-mail costituisce un "documento informatico", ovvero un "documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti". L'e-mail, pertanto, seppur priva di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche, ovvero fra le rappresentazioni meccaniche indicate, con elencazione non tassativa, dall'art. 2712 c.c. e dunque forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale viene prodotta non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime”*.

Così in assenza di un disconoscimento, l'art. 2712 c.c. riconosce alle riproduzioni – tra cui anche la e-mail – efficacia di prova legale.

Avv. Chiara Pisani – cpisani@tricol.it

(torna all'indice)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 6 – GIUGNO 2018

AREA LEGALE

RESPONSABILITÀ MEDICA

- Legittimazione passiva dell'assicurazione della struttura ospedaliera o del medico nel procedimento di ATP: contrasto giurisprudenziale di merito.

Attualmente sussiste una diversa efficacia processuale degli art. 8 e 12 della Legge Gelli-Bianco: l'art. 8, infatti, che prevede l'obbligo (quale condizione di procedibilità della domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria) di avviare uno strumento alternativo alla lite preventivamente al giudizio di merito (art. 696-bis c.p.c.) «obbligatorio per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'art. 10», è già applicabile, mentre l'art. 12 che prevede il diritto per il danneggiato di promuovere una “azione diretta” contro l'impresa di assicurazione dell'azienda sanitaria e del medico libero professionista, non lo è ancora, in quanto legata alla preventiva approvazione dei decreti attuativi previsti in regolazione dell'obbligo assicurativo (art. 10 l. n. 24/2017), decreti che ad oggi non sono stati ancora emanati.

Conseguenza pratica-processuale è che, dinanzi alla convocazione dell'assicuratore nel procedimento per ATP svolta dal danneggiato, spesso si contrappone da parte dell'assicurazione un'eccezione di carenza di legittimazione all'azione contro l'impresa garante.

Da qui l'originarsi, ad oggi, di due diversi orientamenti giurisprudenziali di merito contrapposti tra loro; vi sono Giudici, infatti, che negano detta legittimazione ritenendo che fin quando non verranno emanati i decreti attuativi il danneggiato potrà convenire nell'ATP solo la struttura sanitaria o il medico (Trib. Venezia, sez. II civile, 11 settembre 2017; Trib. Padova, sez. ricorsi, 27 novembre 2017). Vi sono, invece, altri Giudici (Trib. Venezia, sez. II, 18 gennaio 2018; Trib. Verona, sez. III civ., 31 gennaio 2018 e, infine, Trib. Venezia, sez. II civ., ord. 25 febbraio 2018) che ammettono detta legittimazione badando alla funzione conciliativa dell'istituto ed al dato normativo (l'art. 8 precisa come le assicurazioni siano soggetti parti del procedimento nonché l'art. 12 esordisce con una cd. “clausola di salvezza”, “salve le disposizioni dell'art. 8”). In tal senso si è espresso da ultimo il Tribunale di Verona che con ordinanza del 10.5.2018 ha affermato che “sono parti necessarie dell'ATP ..tutti i soggetti che il ricorrente prospetti come obbligati al risarcimento dei danni lamentati”, ivi compresa pertanto anche l'impresa di assicurazione dell'azienda sanitaria o del medico. Nello specifico, il Tribunale di Verona, al fine di giungere alla predetta conclusione, ha altresì sottolineato come “per molti anni a venire, gli ATP riguarderanno ipotesi di responsabilità da valutarsi sulla scorta delle discipline di diritto sostanziale anteriori alla legge Gelli (si tratta delle norme del codice civile e della l. 8 novembre 2012 n. 189, c.d. legge Balduzzi, per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della stessa), cosicché la definizione dell'ambito soggettivo dell'istituto non può dipendere dalla piena entrata in vigore delle nuove norme».

Avv. Lucia Campora – lcampora@tricol.it

(torna all'indice)