

# Contratto e impresa 1/2014

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale  
Rivista fondata da Francesco Galgano

---

trentesimo anno

## INDICE SOMMARIO

### DIBATTITI

#### SETTE VOCI SULL'ONERE DELLA PROVA

IL REGIME PROBATORIO: I PRINCIPI GENERALI di <i>Michele Taruffo</i> . . . . .	pag.	1
1. - <i>L'onere della prova e le sue eccezioni</i> . . . . .	»	1
2. - <i>Principi non espressi</i> . . . . .	»	4
AZIONI RISARCITORIE E "PRINCIPI GIURISPRUDENZIALI" di <i>Francesco Donato Busnelli</i> . . . . .	»	8
L'ONERE PROBATORIO NELLE AZIONI DI ADEMPIMENTO E RISOLUZIONE DEL CONTRATTO di <i>Giovanna Visintini</i> . . . . .	»	23
1. - <i>Il precedente giudiziale del 2001</i> . . . . .	»	23
2. - <i>La giurisprudenza successiva</i> . . . . .	»	26
3. - <i>Le responsabilità della dottrina</i> . . . . .	»	28
POSSESSO E PRESUNZIONI LEGALI di <i>Luciana Cabella Pisu</i> . . . . .	»	31
1. - <i>Possesso e animus possidendi</i> . . . . .	»	31
2. - <i>L'ingerenza del possessore sulla cosa</i> . . . . .	»	32
3. - <i>La presunzione di possesso attuale e la distinzione tra possesso e detenzione</i> . . . . .	»	35
4. - <i>Il titolo della detenzione e il mutamento della detenzione in possesso</i> . . . . .	»	42
5. - <i>Le presunzioni di possesso intermedio e anteriore</i> . . . . .	»	47

<i>PRIVACY</i> E PROCESSO CIVILE. I LIMITI DI UTILIZZABILITÀ NEL GIUDIZIO CIVILE DI PROVE ILLECITE: IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E IL DIRITTO ALLA DIFESA di <i>Alessandra Pinori</i> . . . . .	pag.	51
<i>Premessa</i> . . . . .	»	51
1. - <i>La cornice normativa</i> . . . . .	»	54
2. - <i>Il trattamento dei dati personali in ambito forense e nello svolgimento di investigazioni difensive</i> . . . . .	»	55
3. - <i>La regola della “non utilizzabilità” delle informazioni personali acquisite in violazione della normativa rilevante in materia di protezione dei dati personali (art. 11, comma 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)</i> . . . . .	»	60
4. - <i>Il trattamento dei dati in ambito giudiziario e per finalità di giustizia: l’applicabilità della regola della “non utilizzabilità” di informazioni personali assunte in violazione di legge (art. 11, comma 2 e 160, comma 6, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)</i> . . . . .	»	64
5. - <i>Conclusioni</i> . . . . .	»	67
QUESTIONI SULLA PROVA DELLA FALSITÀ DEL TESTAMENTO OLOGRAFO di <i>Michele Sesta</i> . . . . .	»	69
1. - <i>Il riparto dell’onere della prova nel conflitto tra erede testamentario ed erede legittimo</i> . . . . .	»	69
2. - <i>Natura e attitudine probatoria del testamento olografo</i> . . . . .	»	72
3. - <i>L’accertamento della falsità tra procedimento di disconoscimento della scrittura privata e querela di falso</i> . . . . .	»	74
“PRESUNZIONI GIURISPRUDENZIALI” E RESPONSABILITÀ SANITARIA di <i>Mirko Facioli</i> . . . . .	»	79
1. - <i>Premessa</i> . . . . .	»	79
2. - <i>Le “presunzioni giurisprudenziali”</i> . . . . .	»	80
3. - <i>Analisi critica del fenomeno</i> . . . . .	»	83
4. - <i>Le condizioni di ammissibilità dell’utilizzo, da parte dei giudici, di criteri di ripartizione dell’onere della prova diversi da quelli previsti dalla legge</i> . . . . .	»	88
5. - <i>L’evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali sull’onere della prova nella responsabilità medica</i> . . . . .	»	90
6. - <i>Valutazione critica degli orientamenti attuali</i> . . . . .	»	100
7. - <i>Gli scenari aperti dalla “Legge Balduzzi”</i> . . . . .	»	110
8. - <i>Conclusioni</i> . . . . .	»	119
<b>SAGGI</b>		
RAFFAELLA DE MATTEIS, <i>La responsabilità professionale del medico. L’art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica</i> . . . . .	»	123

SOMMARIO: 1. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 e la tutela dei diritti dei pazienti. – 2. La colpa professionale del medico. – 3. Il futuro della responsabilità sanitaria nel sistema a doppio binario.

FEDERICO DI MAIO, *Il problema del "mandato fiduciario"* ..... pag. 138

SOMMARIO: 1. – La inefficienza semantica. – 2. Il paradosso del 'mandato fiduciario': perché non può essere 'mandato' e perché non è mandato. – 3. Il primo elemento: "intestazione, anziché mandato ad amministrare". – 4. Il secondo elemento: le generalità degli effettivi proprietari dei beni amministrati. – 5. Il terzo elemento: il servizio di investimento, gestione di portafogli. – 6. Il quarto elemento: il dato testuale. – 7. Il quinto elemento: la trasparenza, la regola di buona fede e la kyc rule. – 8. Il semi-sesto elemento: il contratto di custodia e amministrazione di valori mobiliari.

LUCA GHIDONI, *La trasformazione del bene oggetto del diritto di prelazione* ..... » 157

SOMMARIO: 1. La qualificazione giuridica della trasformazione del bene oggetto di prelazione: dalla « trasformazione » alle « trasformazioni ». – 2. Trasformazione del bene e inadempimento dell'obbligo di preferire. – 3. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione, nella prospettiva dell'abuso del diritto. – 4. La trasformazione come fonte di responsabilità e la determinazione del danno derivante dalla lesione del diritto di preferenza. – 5. Gli effetti della trasformazione del bene oggetto di prelazione e la sopravvivenza del diritto: la centralità dell'interesse. – 6. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione di fonte legale e la rilevanza dell'interesse pubblico. – 7. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione di fonte volontaria e la rilevanza dell'interesse privato. – 8. La trasformazione del bene e l'eventuale vicenda giuridica del rapporto di prelazione.

FRANCESCO CAMILLETTI, *La clausola penale. Profili giuridici* ..... » 177

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Divieto di cumulo. – 3. Interessi delle parti. – 4. Natura giuridica. – 5. Clausola penale e clausole vessatorie. – 6. Funzione risarcitoria-punitiva. – 7. Clausola penale pura. – 8. Necessità o meno della messa in mora. – 9. Danno ulteriore. – 10. Penale manifestamente eccessiva e sua riducibilità d'ufficio. – 11. Penale di ammontare irrisorio. – 12. La penale nella materia successoria.

MADDALENA RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario* ..... » 201

SOMMARIO: 1. Rilevanza della qualità di consumatore nei rapporti bancacientela. – 2. L'uso della nozione di "consumatore" nella giurisprudenza della Suprema Corte e nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario: il caso del condominio. – 3. (*segue*) La qualificazione soggettiva del consumatore. – 4. L'Arbitro Bancario Finanziario e la tutela del consumatore-cliente. – 5. Organi giudicanti e bilanciamento di interessi: una tensione virtuosa.

MARCO MAROCCHI, <i>Sull'attualità della correlazione tra potere e rischio nella s.p.a. riformata</i> .....	pag. 221
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

SOMMARIO: 1. Il principio di correlazione tra potere gestorio e rischio e la sua storica vigenza. - 2. Il Codice civile del '42 e la piena affermazione del principio. - 3. Gli istituti che oggi ne minano l'esistenza: la facoltà di diversa assegnazione delle azioni. - 4. Le azioni a voto limitato. - 5. Le azioni postergate nelle perdite. - 6. Gli strumenti finanziari partecipativi. - 7. Le conferme: il divieto del voto plurimo. - 8. Le azioni correlate. - 9. La piena vigenza del principio di correlazione tra potere e rischio nel modello legale e la sua permanenza tra i tratti tipologici della società per azioni. - 10. I limiti all'autonomia statutaria nella modulazione della corrispondenza tra potere gestorio e rischio: un limite anzitutto quantitativo. - 11. La centralità del binomio potere-rischio anche nella s.p.a. post riforma.