



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

Newsletter n. 5 – maggio 2017

Area legale

IN BREVE

DIRITTO CIVILE

- Amanti, badanti ed affettuose amiche: non occorre la sentenza penale che accerti la circonvenzione di incapace per far dichiarare nulli gli atti dispositivi a cui l'anziano sia stato maliziosamente indotto,
a cura dell'Avv. Vittorio Versace *(vai all'articolo)*

DIRITTO SOCIETARIO

- Amministratori di SRL: comportamenti illeciti con conseguente responsabilità,
a cura dell'Avv. Nicola Salvarani *(vai all'articolo)*
- Ricorso abusivo al credito da parte degli ex amministratori della società fallita e responsabilità solidale della banca,
a cura dell'Avv. Stefano Versace *(vai all'articolo)*

CONTRATTUALISTICA INTERNAZIONALE

- Conflict of laws,
a cura dell'Avv. Federica Ballerini *(vai all'articolo)*

DIRITTO DI FAMIGLIA

- Assegno divorzile: dal parametro del tenore di vita matrimoniale a quello dell'autosufficienza economica del coniuge richiedente,
a cura della Dott.ssa Carlotta Gelera *(vai all'articolo)*

DIRITTO ASSICURATIVO

- Immeritevolezza della clausola claims made,
a cura dell'Avv. Lucia Campora *(vai all'articolo)*

IL NOSTRO APPROFONDIMENTO

DIRITTO BANCARIO

- Modifiche unilaterali dei contratti bancari e finanziari. Obblighi degli intermediari, diritti dei clienti, ruolo dell'autorità di vigilanza,
a cura del Dott. Comm. Giuseppe Celestini *(vai all'approfondimento)*



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

Per ulteriori informazioni
Avv. Federica Ballerini
fballerini@tricol.it



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 5 – MAGGIO 2017

AREA LEGALE

DIRITTO CIVILE

- **Amanti, badanti ed affettuose amiche: non occorre la sentenza penale che accerti la circonvenzione di incapace per far dichiarare nulli gli atti dispositivi a cui l'anziano sia stato maliziosamente indotto.**

Cass. 20/03/2017 n. 7081. Con questa recente sentenza la Suprema Corte rileva che: “*Parimenti, occorre rilevare che il contratto stipulato per effetto diretto della consumazione di un reato (nella specie, circonvenzione d'incapace, punito dall'art. 643 c.p.) deve essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c., per contrasto con norma imperativa, giacchè va ravvisata una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze di interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sulla annullabilità dei contratti (Sez. 2, Sentenza n. 2860 del 07/02/2008). Ciò in quanto la fattispecie incriminatrice della circonvenzione d'incapace prevista all'art. 643 c.p., (il cui scopo va ravvisato, più che nella tutela dell'incapacità in sè e per sè considerata, nella tutela dell'autonomia privata e della libera esplicazione dell'attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica) deve annoverarsi tra le norme imperative la cui violazione comporta, ai sensi dell'art. 1418 c.c., oltre alla sanzione penale, la nullità del contratto concluso in spregio della medesima (Sez. 2, Sentenza n. 1427 del 27/01/2004).*”

E la Suprema Corte prosegue: “*E' chiaro che, ai fini della declaratoria di nullità dell'atto dispositivo a contenuto patrimoniale, il giudice civile sia tenuto, ed al tempo stesso abilitato, ad accertare incidenter tantum l'effettiva sussistenza del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi, incluso quello soggettivo (Sez. 3, Sentenza n. 13972 del 30/06/2005).*”

Ed infine: “*Peraltro, come già accennato, lo "stato d'infermità o deficienza psichica", di cui all'art. 643 c.p., non costituisce un maius rispetto allo stato d'incapacità di intendere o di volere di cui all'art. 428 c.c., ma semmai un minus (Sez. 2, Sentenza n. 2327 del 10/03/1994).*”

Avv. Vittorio Versace – vversace@tricol.it

[\(torna all'indice...\)](#)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 5 – MAGGIO 2017

AREA LEGALE

DIRITTO SOCIETARIO

- Amministratori di SRL: comportamenti illeciti con conseguente responsabilità.

Una recente sentenza della Sezione Specializzata in materia di impresa del Tribunale di Milano del 7 marzo 2017 consente di tipizzare alcune condotte illecite degli amministratori di SRL, e dunque foriere di responsabilità verso i soci ed i creditori. Il caso trae spunto da un'azione di responsabilità promossa da un Fallimento verso l'ex amministratore. Ecco alcuni dei comportamenti dell'amministratore di SRL che il Tribunale ha ritenuto illeciti:

- a) è da considerarsi una distrazione patrimoniale quando un bene che rientra nel patrimonio della società ne sia fatto materialmente o giuridicamente fuoriuscire, determinando un suo mutamento di destinazione, per il soddisfacimento di uno scopo economico diverso da quello impressogli in ragione della sua disponibilità in capo alla società, ovvero allorché un bene viene ceduto o un servizio viene prestato dalla società in assenza di corrispettivo o con corrispettivo ontologicamente inadeguato. Le condotte di tipo distrattivo si differenziano dal mero inadempimento contrattuale: infatti mentre le prime sono caratterizzate, nel momento stesso in cui vengono realizzate, dalla mancanza assoluta o dalla certa inadeguatezza di una controprestazione da parte dell'eventuale terzo contraente, l'inadempimento è caratterizzato dalla mancata realizzazione della controprestazione – a priori esistente e adeguata – da parte del terzo contraente per fatto a lui addebitabile;
- b) costituisce condotta di *mala gestio* la stipula da parte dell'amministratore di un contratto a prestazioni corrispettive, quando l'inadempimento di controparte era, sebbene non previsto, comunque prevedibile al momento della stipula del contratto, secondo l'ordinaria diligenza.
- c) la fatturazione di operazioni commerciali ed il loro mancato pagamento sono qualificabili in termini di distrazione allorquando è dimostrabile che la fornitura è avvenuta in un momento in cui il terzo destinatario non era in grado di pagarla e l'amministratore conosceva o avrebbe dovuto conoscere – secondo la diligenza professionale propria dell'amministratore – che il terzo era insolvente, ovvero la sussistenza di uno specifico accordo fraudolento per cui era previsto l'inadempimento dell'acquirente.

Grava comunque ovviamente su chi promuove il giudizio l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni dell'amministratore, il nesso di causalità tra queste e il danno verificatosi; sull'organo amministrativo chiamato in giudizio grava invece l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso e di fornire la prova positiva del diligente adempimento dei propri obblighi.

Avv. Nicola Salvarani – nsalvarani@tricol.it

([torna all'indice...](#))



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 5 - MAGGIO 2017

AREA LEGALE

DIRITTO SOCIETARIO

Ricorso abusivo al credito da parte degli ex amministratori della società fallita e responsabilità solidale della banca.

Il Tribunale di Prato con Sentenza 15 febbraio 2017 n. 152 ha ritenuto solidalmente responsabile la banca erogatrice di finanziamenti con gli ex amministratori della società fallita in caso di ricorso abusivo al credito da parte di questi ultimi.

Censurata la condotta degli amministratori per violazione di plurime disposizioni di legge (artt. 217, comma 1, n.3, 218, comma 1, n.4, L.F., artt. 1710 e 1176 c.c.), il giudice ha accertato la concorrente responsabilità delle banche per violazione del protocollo di cui alle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia (Circolare n. 229 del 21/04/1999) nonché delle disposizioni di cui all'accordo di Basilea II sulla valutazione del merito creditizio.

Punto rilevante affrontato dalla sentenza in commento riguarda la legittimazione ad agire del Curatore contro la Banca.

E' noto, infatti, che con Sentenza n. 7029 del 28/03/2006 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha affermato il principio secondo cui il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita un'impresa decotta. Ciò sulla base di due presupposti: da un lato, che la funzione del curatore è quella di conservare il patrimonio del debitore, come sua garanzia generica, attraverso l'esercizio delle così dette azioni di massa, dirette ad ottenere la ricostituzione del patrimonio predetto e caratterizzate dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo; dall'altro, che siffatta legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente, in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c.. Nel caso in questione, tuttavia, la Curatela non ha esercitato di un'azione volta a tutelare il singolo creditore, bensì un'azione fondata sul concorso delle Banche convenute nella responsabilità dell'amministratore nei confronti della società.

Il fondamento normativo della legittimazione ad agire del Curatore, pertanto, è costituito, in questo caso, dalla previsione dell'art. 146, comma 2, lettera a) L.F., che attribuisce al curatore, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori, l'esercizio delle azioni di responsabilità contro gli amministratori della società fallita.

Alla responsabilità degli amministratori ha concorso la Banca che, non attenendosi alle regole di diligenza, generiche e specifiche, a cui le Banche devono conformarsi nei processi di erogazione del credito, ha concorso, con condotte colpose, commissive ed omissive, nel ricorso abusivo al credito degli amministratori della fallita.

Avv. Stefano Versace – sversace@tricol.it

([torna all'indice...](#))



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 5 - MAGGIO 2017

AREA LEGALE

CONTRATTUALISTICA INTERNAZIONALE

- Conflict of laws.

Conflict of laws sometimes is related to jurisdiction, which deals with the question of which of the involved states' courts or other organs will adjudicate the dispute; other times with the choice of law, which deals with the question of whether the merits of the dispute will be resolved under the substantive law of the state of adjudication or under the law of another involved state; finally it can be related to judgment recognition, which deals with the requirements under which the courts of one state will recognise and enforce a judgment rendered in another state.

Although they are often practically interrelated, the jurisdiction and the choice of law are distinct. The jurisdiction focuses on the relationship between the defendant and the forum state, and asks whether that relationship is sufficiently close as to fairly subject the defendant to litigation in that state and to justify utilising that state's judicial resources to adjudicate the dispute. The choice of law focuses on both parties and their dispute and seeks to identify the state, be it the forum state or another state, whose relationship to the dispute is such as to render most appropriate the application of its law to the merits of the dispute. In many cases, the same relationship that forms the basis of a state's jurisdiction to adjudicate the case can also be the basis for applying that state's law to the merits.

Each court applies its own procedural law to the proceeding before it. With regard to the merits of the case, however, the court is not obliged to apply its own substantive law. The law chosen by the parties may point to the law of either the forum state or another state, depending on each state's pertinent contacts with the case. For example, in tort cases, these rules may point to the state where the tort was committed or the injury occurred (*lex loci delicti*), in contracts cases to the state where the contract was made (*lex loci contractus*) and in cases involving land, to the state where the property is situated (*lex rei sitae*).

Finally, regarding the judgment recognition, it depends on whether the rendering court applied the law that would have been chosen under the choice of law rules of the recognising court or reached a substantially equivalent result.

Avv. Federica Ballerini – fballerini@tricol.it

([torna all'indice...](#))



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 5 – MAGGIO 2017

AREA LEGALE

DIRITTO DI FAMIGLIA

- Assegno divorzile: dal parametro del tenore di vita matrimoniale a quello dell'autosufficienza economica del coniuge richiedente.

La Suprema Corte con la sentenza n. 11504 del 10 maggio 2017 opera una vera e propria rivoluzione in tema di riconoscimento dell'assegno divorzile e dei criteri per la sua quantificazione. Diversamente dall'orientamento tradizionale in base al quale detto assegno avrebbe natura assistenziale in quanto destinato a garantire al coniuge debole un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, la Corte di Cassazione, nella precitata sentenza, statuisce che la sussistenza del diritto al mantenimento deve essere valutata alla stregua della “*indipendenza o dell'autosufficienza economica*” del coniuge richiedente. Muovendo dal presupposto che “*con la sentenza di divorzio il rapporto matrimoniale si estingue sul piano non solo personale ma anche economico-patrimoniale*”, i Giudici di legittimità osservano che “*ogni riferimento a tale rapporto finisce illegittimamente con il ripristinarlo – sia pure limitatamente alla dimensione economica del tenore di vita matrimoniale ivi condotto – in una indebita prospettiva [...] di ultrattività del vincolo matrimoniale*”. Pertanto, la corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 porta a ritenere che il giudizio relativo alla domanda di assegno divorzile deve svolgersi necessariamente in due fasi distinte. La prima, relativa all'*an debeat*, ha ad oggetto la valutazione delle condizioni di legge (mancanza di “*mezzi adeguati*” ovvero l’*impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive*”) con esclusivo riferimento all’*“indipendenza economica o autosufficienza economica”* del coniuge richiedente, desunta da determinati indici quali il possesso di redditi e di cespiti patrimoniali e la capacità di lavoro personale. La seconda, relativa al *quantum debeat* ed informata al principio della solidarietà economica dell'ex coniuge onerato, deve tenere conto di tutti gli elementi indicati nell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 (ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare, reddito di entrambi, etc) da valutarsi anche in rapporto alla durata del matrimonio.

Dott.ssa Carlotta Gelera – cgelera@tricol.it

[\(torna all'indice...\)](#)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 5 – MAGGIO 2017

AREA LEGALE

RESPONSABILITA' MEDICA

- Immeritevolezza della clausola *claims made*.

In tema di validità delle clausole *claims made* la Suprema Corte a Sezioni Unite si era pronunciata circa un anno fa (sentenza n. 9140 del 6 maggio 2016) chiarendo che dette clausole, pur non essendo vessatorie ex art. 1341 c.c., possono ritenersi nulle ex art. 1322 c.c. qualora realizzino interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico; la valutazione circa detta meritevolezza avrebbe dovuto essere compiuta dal singolo Giudice di merito ogni volta, caso per caso.

In detto quadro giurisprudenziale si inserisce ora la recente pronuncia della Corte di Cassazione (sentenza n. 10506 del 28.04.2017) la quale si è trovata a pronunciarsi sulla meritevolezza di una clausola *claims made* “*impura*” ovvero di quella clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto “*il danno causato dall'assicurato*”, quanto la richiesta risarcitoria (il c.d. *claim*) intervengano in pendenza di polizza; nel caso specifico sottoposto alla Corte, l'assicuratore aveva eccepito al proprio assicurato – un'azienda ospedaliera – l'inoperatività della garanzia per essere giunta la richiesta di risarcimento formulata dal terzo oltre la scadenza del contratto assicurativo.

La Cassazione, dopo aver precisato che la “*meritevolezza è un giudizio*” che “*deve investire non il contratto in sé, ma il suo risultato con esso perseguito*” e che, al vaglio di meritevolezza, detto risultato non deve essere contrario ai “*principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati*”, ha decretato l'immeritevolezza ex art. 1322, secondo comma c.c. della clausola *claims made* sottoposta in quanto detta clausola, escludendo le richieste di risarcimento “*postume*” (ossia quelle successive alla scadenza della polizza) “*...attribuisce all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita*”, “*pone l'assicurato in una posizione di indeterminata soggezione*” rispetto a quella dell'assicuratore ed, infine, ma non per ultimo, “*costringe l'assicurato a tenere condotte contrastanti con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti*”.

Avv. Lucia Campora – lcampora@tricol.it

[\(torna all'indice...\)](#)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

IL NOSTRO APPROFONDIMENTO

DIRITTO BANCARIO

- Modifiche unilaterali dei contratti bancari e finanziari. Obblighi degli intermediari, diritti dei clienti, ruolo dell'autorità di vigilanza.

Con una nota del 28 marzo 2017, Banca d'Italia ha fornito agli intermediari ulteriori precisazioni, oltre quelle già date nel 2014, in materia di *jus variandi*, ovvero la possibilità di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali applicate alla clientela.

La Banca d'Italia ha precisato che, la normativa di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti regola l'esercizio da parte degli intermediari bancari e finanziari del potere di modifica unilaterale delle condizioni dei contratti di durata in essere. La disciplina dell'art. 118 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, TUB) prevede dei vincoli all'esercizio della facoltà da parte degli intermediari, con l'obiettivo di tutelare la clientela.

In particolare:

- le modifiche sono consentite solo se previste da un'apposita clausola contrattuale specificamente sottoscritta dal cliente;
- le variazioni devono essere rette da un giustificato motivo e rese note alla clientela con anticipo, così da consentire al destinatario di verificarne la congruità rispetto alle sottostanti motivazioni e di valutare se mantenere il rapporto;
- in alcune circostanze l'esercizio dello *jus variandi* risulta precluso. Secondo il Ministero dello sviluppo economico, le modifiche unilaterali di cui all'art. 118 del TUB non possono comportare l'introduzione di clausole nuove.

Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni dell'art. 118 TUB sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente; possono dar luogo a contenziosi innanzi all'Autorità giudiziaria e a ricorsi all'Arbitro Bancario Finanziario. Variazioni unilaterali percepite dai destinatari come inique incidono sul rapporto di fiducia con la clientela e sulla reputazione degli intermediari che le pongono in essere.

Nel 2014 la Banca d'Italia ha illustrato – con un comunicato pubblicato sul proprio sito internet – gli obblighi cui sono tenuti gli intermediari che intendono esercitare lo *jus variandi* e i diritti dei clienti destinatari delle proposte di modifica unilaterale.

Alle banche e agli altri intermediari vigilati è stato richiesto di adottare tutte le cautele necessarie a preservare le ragioni dei clienti, con presidi organizzativi e procedurali adeguati.

Nel richiamare il contenuto delle indicazioni fornite nel 2014, si ribadisce l'esigenza di adottare particolare cautela nell'esercizio del potere di modifica unilaterale dei contratti, con condotte trasparenti e corrette che consentano al cliente di conoscere i presupposti della variazione proposta e di assumere scelte consapevoli, valutando le possibili alternative: prosecuzione del rapporto sulla base delle nuove condizioni contrattuali ovvero recesso dal contratto a suo tempo stipulato.

Non appaiono coerenti con i richiamati principi le modifiche unilaterali che:

- sono prive di specifica correlazione tra le tipologie di contratti e le tariffe interessate dalle variazioni, da un lato, e l'incremento dei costi posto a base della modifica, dall'altro lato;
- realizzano interventi sulle tariffe, anche una tantum, a fronte di costi allo stesso tempo già sostenuti, non ricorrenti e che hanno già esaurito i loro effetti, in quanto in questi casi non si



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

pone un problema di riequilibrio pro futuro e in via continuativa dei reciproci impegni delle parti rispetto a quanto originariamente convenuto.

Inoltre, interventi *una tantum* si traducono di fatto in prelievi occasionali che, dal punto di vista del cliente, riducono l'incentivo a valutare l'opportunità del recesso, anche nei casi in cui sarebbe conveniente.

Inoltre ripetute manovre *una tantum* possono dare luogo ad un effetto di *lock in* della clientela che contrasta con le finalità della disciplina in tema di *jus variandi*;

- non sono giustificate da costi sopravvenuti alla stipula dei contratti interessati e non riguardano la sola parte incrementale; ì
- fanno riferimento a una pluralità di motivazioni (soluzione comunque da circoscrivere a casi limitati in quanto incide sulla chiarezza della rappresentazione alla clientela), senza illustrare il legame fra i singoli presupposti delle modifiche e gli interventi su prezzi e condizioni;
- esentano alcune tipologie di clienti facendo aumentare l'impatto della manovra sui clienti restanti, attraverso il recupero su di essi di una quota di costo supplementare.

Infine, qualora le *policy* interne rimettano la decisione di modificare il contenuto dei contratti in corso a strutture delegate, deve essere sempre garantita un'adeguata informativa agli organi di vertice, cui sono riferibili le responsabilità ultime di gestione e controllo dell'intermediario.

In considerazione di quanto precede, gli intermediari sono invitati a riesaminare analiticamente, nell'ambito di un'apposita riunione congiunta degli organi di gestione e controllo e con il coinvolgimento della Funzione di *Compliance*, la coerenza delle modifiche unilaterali decise a partire da gennaio 2016 con il complessivo quadro di riferimento in materia di modifiche unilaterali. Nel caso vengano riscontrate incoerenze, andranno adottate le opportune iniziative correttive, inclusa se del caso la restituzione delle somme già percepite.

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

(torna all'indice...)