

## MARCO ARATO

### FIDI BANCARI E REVOCATORIA DELLE RIMESSE

1. Il termine “fido bancario” non ha per il giurista un sicuro e univoco riscontro normativo<sup>(1)</sup> e nella pratica è stato infatti frequentemente utilizzato per definire fattispecie eterogenee: per individuare varie forme di concessione/utilizzazione del credito bancario riconducibili a contratti (tipici o atipici) spesso molto diversi tra loro o, in alternativa, per definire il parametro di rischio verso un determinato cliente cui la banca può di volta in volta esporsi (“*limiti massimi di fido concedibili*” come si esprimevano un tempo le Istruzioni della Banca d'Italia).

Fido bancario *non* è certamente sinonimo di “*apertura di credito*”<sup>(2)</sup>, ma descrive un procedimento complesso di erogazione del credito che si svolge *sia* in accordo tra la banca e il cliente (stipula di un contratto di fido e conseguente utilizzazione del credito), *sia* con obbligazioni esclusivamente a carico del cliente (restituzione del credito concesso). Anzi, la disciplina giuridica del fido bancario (richiesta del cliente, istruttoria, limiti, contabilizzazione, comunicazione alla centrale rischi), appare per lo più volta allo svolgimento dell'attività bancaria tipica di erogazione del credito, propedeutica alla (e che si svolge, per così dire, a monte della) stipula dei contratti di credito tra la banca ed il cliente<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Come ha ricordato V. MORERA, *Il fido bancario*, Milano, 1988, 8, nel T.U. bancario, il termine “fido” viene impiegato solo un'unica volta nell'art. 138 c. 2 riferito al reato di mendacio e falso interesse bancario.

Il T.U., per riferirsi al credito bancario, parla di “operazioni di prestito”, di “operazioni di credito”, di “operazioni di finanziamento”, di “concessione di credito”, ma non di fido (salvo che nell'art. 137 c. 2 in un'ottica penalistica). Anche la stessa previsione del “libro fidi”, quale libro obbligatorio della banca, contenuta nell'art. 37 della Legge bancaria è venuta meno già prima dell'entrata in vigore del T.U., a seguito della sua abrogazione ad opera dell'art. 49 D. Lgs 481/1992, per cui, attualmente il “libro dei fidi” trova la sua fonte giuridica solo a livello regolamentare nelle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia.

<sup>(2)</sup> Chi ha proposto tale assimilazione si pone l'inespresso obiettivo di ridurre l'operatività della revocatoria fallimentare delle rimesse, come noto limitata dalla presenza di un contratto d'apertura di credito.

<sup>(3)</sup> Così U. MORERA, *op. cit.* alla nota 1, 26.

2. Al fine di individuare la rilevanza della nozione di fido (qui inteso come termine riassuntivo di varie forme di erogazione di credito) nell'ambito della revocatoria delle rimesse, va subito detto che il credito erogato dalla banca al correntista può essere ricondotto nell'ambito dell'apertura di credito allorché la banca *assicuri* una disponibilità di denaro a favore del proprio cliente (ai sensi dell'art. 1842 c.c. la banca *tiene* a disposizione del cliente, e non *mette* a disposizione del cliente una somma di denaro). Occorre, cioè che il cliente possa fare affidamento su una determinata somma e possa discrezionalmente disporne, quale espressione di un proprio diritto potestativo<sup>(4)</sup>.

E tale qualificazione dell'apertura di credito, nella quale si contrappongono un *obbligo* della banca di *tenere* a disposizione una somma di denaro rispetto a un *diritto potestativo* del cliente a utilizzarla, assume rilevanza centrale ai fini della nostra indagine nella quale l'apertura di credito è una *species* del *genus* fido bancario che, lo si ribadisce, ricomprende fattispecie contrattuali profondamente diverse dall'apertura di credito con conseguenze fallimentaristiche altrettanto diverse.

Ma quali sono i fidi bancari diversi dall'apertura del credito?

La prassi bancaria utilizza termini come "*fido per smobilizzo crediti*" (altrimenti definito "*fido per sconto di titoli di credito*" o "*fido per anticipazioni di ricevute bancarie salvo buon fine*"), "*fido per anticipi import o export*", "*fido per crediti di firma*", fattispecie tutte rientranti nella formula riassuntiva del c.d. "*castelletto di sconto*".

Ebbene, secondo la giurisprudenza ormai costante queste forme di concessione di fido, e più in generale, il "*castelletto di sconto*" non sono riconducibili all'apertura di credito<sup>(5)</sup> in quanto "*non*

<sup>(4)</sup> V. tra le tante, per l'ampiezza della motivazione, Cass. 30.1.1998, n. 970, in *Fall.*, 1999, 46. Da ultimo, Cass. 4.2.2000, n. 1225, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1679. Nello stesso senso, U. MORERA, *op. cit.* alla nota 1, 196. Per una rassegna giurisprudenziale sull'apertura del credito si veda R. TETI-P. MARANO, *I contratti bancari*, Milano 1999.

<sup>(5)</sup> Cass. 7.3.2003, n. 3396, in *Rep. Foro It.*, 2003, voce *Fallimento*, 432; Cass. 5.5.2000, n. 5634, in *Fall.*, 2001, 404, con nota di GIULIANI; Cass. 10.4.1999, n. 3526, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2000, II, 560 con nota di POLIZZI; Cass. 30.1.1998, n. 970, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 1999, I, 32 con nota di PONTI e in *Fall.*, 1999, 46 con nota di CESARONI; Cass. 20.5.1997, n. 4473, in *Foro It.*, 1997, I, 2089 con nota di M. CAPUTI; Cass. 5.2.1997, n. 1083, in *Foro It.*, 1997, I, 1100 con nota di M. CAPUTI; Cass. 19.1.1995, n. 559, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1997, II, 51 con nota di PICARDI, e in *Fall.*, 1995, 1183; Cass. 2.8.1995, n. 4718, in

attribuiscono al cliente della banca, a differenza del contratto di apertura di credito, la facoltà di disporre con immediatezza di una determinata somma di denaro, ma sono esclusivamente fonte, per l'istituto di credito (rectius la banca - n.d.r.) dell'obbligo di accettazione per lo sconto entro un determinato ammontare dei titoli che l'affidatario presenterà, sicché in tale ipotesi - e quand'anche il castelletto sia regolato in conto corrente - il fido non rappresenta l'ammontare delle somme di cui il cliente può disporre dovendo queste essere determinate dall'entità degli accreditamenti effettuati a seguito delle singole operazioni di sconto, ma soltanto **il limite entro il quale la banca è tenuta ad accettare i titoli presentati dal cliente stesso**; ne consegue che l'esistenza di un fido per lo sconto cambiali non può far ritenere coperto un conto corrente bancario né può escludere ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, il carattere solutorio delle rimesse effettuate su tale conto corrente dal cliente, poi fallito, se nel corso del rapporto il correntista abbia sconfinato dal limite di affidamento concessogli con il (diverso) contratto di apertura di credito<sup>(6)</sup>.

3. Alcune precisazioni si impongono come commento a tale costante orientamento giurisprudenziale:
- a) il termine "sconto" normalmente utilizzato dalla giurisprudenza e derivante dalla definizione di "castelletto di sconto" non va inteso in senso tecnico come riconducibile ad un contratto di sconto bancario ai sensi dell'art. 1858 c.c. Nella quasi totalità dei casi non si ha cioè un accordo banca-cliente per la cessione alla prima di un credito vantato dal cliente verso terzi non ancora scaduto, che il cliente monetizza immediatamente a fronte di una deduzione operata dalla banca tra il valore nominale del credito e il prezzo pagato per il suo acquisto<sup>(7)</sup>. Nel castelletto può talvolta essere ricompreso il formale contratto di "sconto cambiali", ma nella normale operatività del rapporto per lo più il cliente "appoggia" alla banca l'incasso di crediti vantati verso terzi nelle forme del mandato *in rem propriam* o del mandato *in*

---

*Fall.*, 1996, 118 con nota di G. TARZIA; Cass. 11.11.1993, n. 9489, in *Fall.*, 1994, 249. In dottrina, v. U. MORERA, op. cit. alla nota 1, 146.

<sup>(6)</sup> Cass. 5.5.2000, n. 5634, cit. alla nota 5.

<sup>(7)</sup> Sullo sconto bancario v. oltre a G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, più recentemente la rassegna di A.M. CARRIERO, *Il contratto di sconto*, in *Contratti bancari*, a cura di E. GABRIELLI-F. MAIMERI, Torino, 2003, nella collana *Giur. Sist. Civ. e comm.*

*rem propriam* rafforzato<sup>(8)</sup> a fronte di anticipazioni erogate dalla banca sui crediti appoggiati per l'incasso <sup>(9)</sup>.

Anzi, è del tutto disusuale che la banca si renda cessionaria dei crediti che, invece, restano nella titolarità del cliente. Normalmente infatti, non vengono effettuate le notifiche previste dall'art. 1264 c.c., per rendere opponibile la cessione dei crediti che, comunque, non viene pattuita neppure nei rapporti interni. Vi sono stati tentativi dottrinali, poi recepiti talvolta confusamente in giurisprudenza, di individuare nel mandato in *rem propriam* rafforzato una finalità di garanzia derivante dalla possibilità attribuita alla banca di compensare quanto incassato da terzi con i propri crediti verso il cliente<sup>(10)</sup>; in questi casi ci si sposta però dalle problematiche dello sconto del credito a quelle della compensazione tra (asseritamente) contrapposti crediti e debiti che esulano dalla presente trattazione;

- b) l'orientamento giurisprudenziale relativo alla non riconducibilità del castelletto di sconto nell'alveo dell'apertura di credito coglie sicuramente nel segno sulla base dei casi concreti presentati all'esame dei giudici. Certamente non bisogna prefigurare soluzioni univoche di fronte a una realtà che frequentemente non ricorre a schemi contrattuali tipici<sup>(11)</sup> per cui se fino ad ora sono naufragati i tentativi tesi a dimostrare l'esistenza di un'apertura di credito nel castelletto di sconto, non può tuttavia escludersi che nelle concrete pattuizioni banca-cliente il castelletto di sconto possa atteggiarsi come una vera e propria apertura di credito, nel senso che al cliente venga riconosciuto il diritto potestativo di attingere credito seppur obbligandosi a determinati comportamenti;
- c) un riflesso di quanto appena detto può trovarsi sia in alcune decisioni per lo più della Suprema Corte sia in recenti e

---

<sup>(8)</sup> Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Il mandato nei servizi bancari*, in *I rapporti giuridici pendenti*, Milano, 1998, 201.

<sup>(9)</sup> Per una disamina delle diverse fattispecie, si veda L. GUGLIELMUCCI, *Le anticipazioni su crediti nel fallimento*, in *Fall.*, 1985, 270.

<sup>(10)</sup> Cfr. Cass. 14.2.1989, n. 974, in *Giur. Comm.*, 1989, II, 1014 in motivazione e in dottrina il mio *La revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie: problemi attuali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, I, 21. Si veda altresì, seppur di segno opposto, Cass. 17.7.1997, n. 6558, in *Fall.* 1998, 50 con nota di P. OLIVA, secondo cui opera la compensazione tra i saldi di un conto estero e quello di un conto corrente ordinario e Cass. 20.5.1997, n. 4473, in *Fall.*, 1998, 25, secondo cui non opera la compensazione tra il saldo passivo del conto corrente e il netto ricavo di effetti scontati dalla banca.

<sup>(11)</sup> Cfr. U. MORERA, op. cit. alla nota 1, 152.

autorevoli orientamenti dottrinali. La Suprema Corte in due occasioni, dopo aver ribadito la tradizionale distinzione tra apertura di credito e castelletto di sconto, ha però affermato che *“lo sconto [usato evidentemente in termine atecnico - n.d.r.] può inserirsi nello schema unitario del contratto di apertura di credito in conto corrente perdendo, in tal modo, la sua autonomia, struttura e causa ... Perché ciò si verifichi occorre che sia stato **pattiziamente previsto un collegamento funzionale tra i due negozi**”*. Infine, *“l'accertamento se determinate operazioni di sconto si inquadrino nello schema unitario del contratto di apertura di credito o costituiscano negozi autonomi, costituisce una questione di fatto la cui soluzione compete al giudice di merito”*<sup>(12)</sup>.

Si aggiunga che *“l'onere di dimostrare la sussistenza di un collegamento di tal natura (costituente un quid pluris meramente eventuale rispetto alla coesistenza di rapporti) incombe sulla parte che a tale elemento affida il fondamento della propria pretesa giuridica; né ai fini di tale dimostrazione può bastare la constatazione oggettiva della ripetitività delle rimesse sul conto del netto ricavo delle operazioni di sconto .... Per contro, la previsione pattizia di un diverso importo dell'affidamento del conto corrente e del limite di cui al castelletto di sconto costituisce significativo sintomo di una distinta realtà giuridica nella duplicità dell'uno e dell'altro rapporto”*<sup>(13)</sup>.

Pertanto, secondo la Suprema Corte anche il castelletto di sconto potrebbe teoricamente essere assimilato all'apertura di credito qualora si inserisca *“nello schema unitario del contratto di apertura di credito perdendo, in tal modo, la sua autonoma struttura e causa”*; detto in parole più semplici, il castelletto di sconto potrebbe essere effettivamente un'apertura di credito, qualora la banca assuma l'obbligo di tenere la provvista a disposizione del cliente e il cliente abbia il diritto potestativo di utilizzarla.

4. Un'applicazione concreta di quanto affermato dalla Cassazione è rinvenibile in Trib. Brescia, 11.2.2000 <sup>(14)</sup> che, dopo aver ripetuto la massima consolidata che distingue ontologicamente l'apertura di credito dal castelletto di sconto ha però riconosciuto nelle

---

<sup>(12)</sup> Così Cass. 19.1.1995, n. 559, in *Fall.*, 1995, 1183, con nota di M. FABIANI. Concetti analoghi sono ripresi in Cass. 5.5.2000, n. 5634, *cit.* alla nota 5.

<sup>(13)</sup> Così Cass. 5.5.2000 n. 5634 *cit.* alla nota 5.

<sup>(14)</sup> Trib. Brescia, 11.2.2000, in *Fallimento*, 2001, 95, con nota di S. BONFATTI.

pattuizioni concretamente raggiunte nel caso esaminato dal Tribunale, un collegamento funzionale tra apertura di credito e castelletto di sconto, sì che quest'ultimo ha perso la *“propria autonomia causale, finendo col costituire una mera modalità di utilizzo dell'affidamento concesso”*.

Da quello che par di capire dalla motivazione della decisione, oltre all'apertura di credito di lire 50 milioni, il cliente aveva un ulteriore affidamento di lire 100 milioni per presentazione di portafoglio salvo buon fine in relazione al quale la banca accreditava su un conto transitorio gli incassi che via via effettuava, ma rendeva immediatamente disponibile il fido per l'importo del portafoglio presentato e fino ad un massimo di lire 100 milioni sul conto ordinario in aggiunta alla disponibilità di lire 50 milioni derivante dall'apertura di credito.

A prescindere dalla fattispecie esaminata dal Tribunale di Brescia, vale la pena di osservare che la presenza di due limiti dimensionali di affidamento, uno per l'apertura di credito (lire 50 milioni) e uno per il castelletto di sconto (lire 100 milioni) costituiscono, secondo la Suprema Corte, indice della mancanza di collegamento e quindi di autonomia tra i due fidi, dalla quale discende l'impossibilità di cumulo degli stessi<sup>(15)</sup>. Ma allora, quel che rileva, al di là delle modalità tecniche di operatività del castelletto di sconto è l'accertamento in fatto dell'obbligo della banca di tenere a disposizione una somma di denaro e del diritto potestativo del cliente correntista di utilizzarla. Nulla vieta che nelle pattuizioni banca/cliente siano previsti degli oneri a carico del correntista: astrattamente potremmo pensare ad oneri relativi alla sussistenza di una determinata situazione economico patrimoniale del correntista (ad es., patrimonio netto non inferiore a un certo ammontare, chiusura del bilancio in utile), o al rilascio di garanzie fideiussorie da parte di terzi, o (e ci avviciniamo al caso in esame) presentazione alla banca di ricevute bancarie o, comunque, di crediti verso terzi che vengono appoggiati per l'incasso.

---

<sup>(15)</sup> Cfr. Cass. 30.1.1998, n. 970 e Cass. 5.2.1997, n. 1083, entrambe *citt.* alla nota 5, nello stesso senso v. Trib. Torino 10.3.2000, in *Fall.*, 2000, 812. Da tali decisioni emerge un'ulteriore considerazione. L'impossibilità di cumulo non deriva da un vuoto ossequio formale alla presenza di due massimali distinti per ciascun fido, ma dalla circostanza che ai fini del *thema decidendum* un fido era rappresentato da una vera e propria apertura di credito (con le ben note conseguenze in materia di revocatoria delle rimesse) l'altro no, nel senso che il castelletto di sconto non era un'apertura di credito, per cui l'eventuale cumulo dei fidi avrebbe artificiosamente ed erroneamente aumentato il massimale dell'apertura di credito per un importo (quello del castelletto di sconto) che apertura di credito non era.

Quel che rileva ai fini fallimentari è che, una volta che il cliente abbia assolto a tali oneri, la banca sia obbligata a tenere a disposizione del cliente una somma di denaro, senza poter assumere comportamenti discrezionali<sup>(16)</sup>.

Viceversa, va però altrettanto chiaramente detto che nella prassi dei rapporti bancari, allorché ci si trova di fronte a “castelletti di sconto”, non solo vi è una pluralità di massimali di affidamento (il che probabilmente non sarebbe neppure incompatibile con la natura di apertura di credito di tutti gli affidamenti) ma per gli affidamenti diversi dall’apertura di credito “*in bianco*”, la banca si riserva insindacabilmente di valutare di volta in volta se accettare o meno il portafoglio crediti appoggiato all’incasso<sup>(17)</sup>, se anticipare o meno un pagamento o un fornitore straniero, se rilasciare o meno una garanzia a favore di terzi<sup>(18)</sup>.

Qualora ciò non avvenga, e cioè qualora la banca non possa assumere comportamenti discrezionali, anche il castelletto di sconto potrebbe rappresentare un’apertura di credito <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> In questo senso sembra correttamente esprimersi S. BONFATTI, *Revocatoria delle rimesse e “castelletto” nelle fattispecie di “conto evidenza” e di “conto unico”*, in *Fall.*, 2002, 98.

<sup>(17)</sup> V. Cass. 30.1.1998, n. 970, *cit.* alla nota 5.

<sup>(18)</sup> Cass. 23.3.1994, n. 2786, in *Dir. Banc.*, 1995, I, 245.

<sup>(19)</sup> Riporto qui di seguito il testo di un contratto di apertura di credito tratto dalla nota 7 dell’articolo di S. BONFATTI, *cit.* alla nota 16 al quale potrebbe applicarsi quanto sostenuto nel testo: “*Le operazioni di sconto, accredito a valuta media maturata, anticipo al s.b.f., ed in generale ogni operazione creditizia comportante la concessione al cliente di una disponibilità finanziaria in correlazione alla presentazione da parte dello stesso alla banca di propri crediti verso terzi, sono sempre effettuate a valere su contratti di affidamento da intendersi regolati dalle norme sull’apertura di credito bancario (art. 1843 codice civile). In conseguenza di quanto sopra al cliente è riconosciuto il diritto di utilizzare anche in più volte il credito messogli a disposizione sotto forma di sconto; di accreditamento a valuta media maturata; di anticipazione al s.b.f. eccetera, senza che la banca possa rifiutarsi di consentirgli di disporre in modo ripetuto dell’affidamento, con la sola eccezione dell’eventuale difformità delle modalità di utilizzo richieste dal cliente per singole operazioni rispetto a quelle eventualmente concordate all’atto della concessione dell’affidamento*”.

Uno spunto in tal senso può essere dato da Cass., 6.9.1997, n. 8662 (in motivazione), in *Dir. Fall.*, 1998, II, 648.

Nel caso esaminato dalla Corte l’apertura di credito era concretamente operata solo al compimento di determinati atti da parte del correntista. La Corte ha quindi affermato l’esistenza dell’apertura di credito anche quando “*l’obbligo della banca e il diritto di credito del cliente sorgono condizionati*”.

Dall’illustrazione del fatto non si capisce però se i comportamenti da tenersi da parte del correntista sono oggetto di valutazione da parte della banca o se

Certamente, a questo punto occorrerebbe porsi il problema della persistenza della natura di apertura di credito di un accordo che obbligasse la banca a erogare credito solo se il cliente appoggia per l'incasso crediti vantati esclusivamente verso un determinato soggetto o verso una determinata cerchia di soggetti. Sul punto non consta giurisprudenza e neppure precedenti opinioni dottrinali. Ritengo, però che tale eventuale accordo non potrebbe essere considerato un'apertura di credito posto che la limitazione all'utilizzo del credito concesso dalla banca sarebbe talmente pregnante da ridurre a mero simulacro il diritto potestativo del cliente al suo utilizzo. Lo schema dell'apertura di credito verrebbe così utilizzato per effettuare semplici operazioni di finanziamento/mutuo/anticipazione "garantite" dalla cessione/appoggio di fatture preselezionate dalla banca.

5. Un problema che fortunatamente non ha più ragione di essere è quello della forma del contratto di apertura di credito (e del castelletto di sconto). Ed infatti, con l'entrata in vigore della legge 17.2.1992, n. 154, che ha dettato le "*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*", è stato introdotto l'obbligo della forma scritta per tutti i contratti bancari. Si deve perciò ritenere che - quanto meno a partire da tale data - il contratto di apertura di credito sia divenuto un contratto a forma scritta *ad substantiam*.

L'art. 117 c. 1 del Decreto Legislativo 1.9.1993 n. 385 (Testo Unico Bancario, TUB), ha confermato che i contratti bancari devono essere stipulati per iscritto a pena di nullità.

Una parte minoritaria della dottrina aveva ritenuto di poter affermare il carattere non necessariamente formale del contratto di apertura di credito sulla base:

- del tenore del secondo comma dell'art. 117 del TUB (secondo il quale per motivate ragioni tecniche il CICR può prevedere che determinati contratti siano stipulati in altra forma),
- delle Istruzioni della Banca d'Italia del 24.5.1992, poi aggiornate al 20.5.1996 (che dispongono la non obbligatorietà della forma scritta "*per operazioni e servizi già previsti in contratti redatti per iscritto*") e recentemente modificate,
- del rilievo che le norme uniformi bancarie includono le aperture di credito tra le operazioni e servizi accessori al conto corrente di corrispondenza.

---

generano automaticamente un diritto potestativo del correntista. Sembrerebbe doversi intendere in questo secondo senso, ma il fatto non è chiaramente riportato nella motivazione.

I sostenitori della tesi minoritaria affermavano (e in taluni casi affermano ancora adesso) che, pur dopo l'entrata in vigore della l. 154/1992 fosse (e sia) possibile stipulare verbalmente un contratto di apertura di credito, purché collegato e previsto in un contratto di conto corrente stipulato per iscritto<sup>(20)</sup>.

Tale tesi non era stata giustamente condivisa dalla giurisprudenza nel frattempo edita <sup>(21)</sup>, ma diventa del tutto improponibile dopo la delibera CICR del 4.3.2003 (*"Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari"*) a seguito della quale la Banca d'Italia ha emanato in data 25.7.03 nuove istruzioni di vigilanza<sup>(21)</sup>.

Ed infatti, l'art. 3 della delibera CICR prevede che *"le disposizioni in materia di pubblicità previste dagli articoli da 4 a 9 si applicano alle operazioni e ai servizi indicati nell'allegato alla presente delibera"*.

Tale allegato comprende, tra gli altri, anche le *"aperture di credito"*. Gli artt. da 4 a 9 della delibera CICR prevedono obblighi di pubblicità delle condizioni contrattuali a carico delle banche (art. 4), la messa a disposizione dei clienti di fogli informativi alla clientela (art. 5), il diritto del cliente *"prima della conclusione del contratto"* di *"ottenere una copia completa per una ponderata valutazione del contenuto. La consegna della copia non impegna le parti alla conclusione del contratto"* (art. 8). L'obbligo di unire al contratto *"un documento di sintesi delle principali condizioni contrattuali, redatto secondo i criteri indicati dalla Banca d'Italia"* (art. 9).

Insomma, sulla base dell'attuale quadro normativo (in cui si parla di copia del contratto di apertura di credito da consegnarsi al cliente), appare ormai definitivamente confermata l'insostenibilità (e addirittura l'antistoricità) della tesi opposta che non può neppure essere sostenuta con riferimento al par. 2 sez. III delle istruzioni della Banca d'Italia del 25.7.2003 che specificano che la forma scritta non è obbligatoria *"per le operazioni e per i servizi effettuati in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto"*. Tale

---

<sup>(20)</sup> C. SILVETTI, *L'apertura di credito*, in *Trattato di Diritto Commerciale* diretto da Cottino, vol. VI, *La Banca: l'impresa e i contratti*, Milano, 2001, p. 536; G. TARZIA, *L'onere della prova nella revocatoria delle rimesse su c/c bancario*, in *Fallimento*, 1995, p. 61; TETI-MARANO, *I contratti bancari*, Milano, 1999, p. 80). In senso contrario, faccio rinvio a M. ARATO, *La revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie: problemi attuali*, cit. alla nota 10.

<sup>(21)</sup> V. da ultimo Trib. Milano, 13.1.2003, in *Giur. It.* 2003, I, 734; Trib. Napoli, 16.1.2001, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 769; Trib. Milano, 30.9.1999, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 114.

istruzione non può riferirsi all'apertura di credito: in primo luogo in forza di quanto disposto dalla delibera CICR del 4.3.2003 (che costituisce strumento di produzione normativa sovraordinata) e secondariamente perché l'apertura di credito non può essere considerata un servizio accessorio (e quindi per così dire naturale) al contratto di conto corrente da redigersi per iscritto ai sensi dell'art. 117 TUB. I servizi accessori cui si riferiscono le istruzioni della Banca d'Italia possono ad esempio essere il servizio di cassa continua, il servizio Bancomat, la carta assegni che traggono "naturalmente" la loro origine dal conto corrente (tutti servizi per i quali la prassi bancaria prevede, peraltro, la forma scritta).

Infine, non deve indurre in errore la massima di Cass. 8.1.2003, n. 58<sup>(22)</sup> secondo la quale "il contratto di apertura di credito non richiede la forma scritta". Si tratta di una pronuncia resa in relazione a una fattispecie in cui il contratto di apertura di credito era stato stipulato tra il 1985 e il 1986.

Attualmente, il contratto di apertura di credito, non soltanto deve essere redatto per iscritto, ma deve essere opponibile al fallimento del correntista e, quindi, deve essere munito di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento<sup>(23)</sup>. Normalmente il contratto viene stipulato per scambio di corrispondenza e la data certa viene ottenuta con il sistema dell'autospedizione.

6. Quanto appena detto, induce ad alcune riflessioni circa la prova dell'esistenza dell'apertura di credito nel regime antecedente l'entrata in vigore della l. 154/1992 (e cioè fino al 10.3.1992, dal momento che la legge è stata pubblicata sulla G.U. del 24.2.1992 ed è entrata in vigore dopo la rituale *vacatio legis* di 15 giorni). Non si tratta di un mero interesse storico, posto che, a quanto risulta dalla giurisprudenza edita, vi sono ancora una serie di giudizi pendenti che hanno ad oggetto anche tale problematica.

Fino al 10.3.1992 si riteneva che il contratto di apertura di credito fosse a forma libera<sup>(24)</sup> anche se nella prassi sociale il contratto

---

<sup>(22)</sup> In *Giur. It.*, 2003, I, 734.

<sup>(23)</sup> M. FABIANI, *Documenti bancari: diritto alla consegna e prova nel fallimento*, Milano 2000, 210 e Cass. 19.11.2003, n. 17543, in *Rep. Foro It.*, 2003, voce *Contratti Bancari*, 42.

<sup>(24)</sup> Così M. FABIANI, *op. cit.* a nota 23, 208; TETI-MARANO, *op. cit.* a nota 20, 80; G. ROMANO, *Apertura di credito*, in *I contratti bancari*, Milano, 1998, 95; G. TARZIA, *op. cit.*, a nota 20, 63; G. MOLLE, *I contratti bancari*, Milano, 1981, 178.

veniva stipulato per iscritto<sup>(25)</sup>, così come per iscritto veniva e viene documentata ogni fase del rapporto tra banca e cliente. Queste considerazioni debbono indurre l'interprete ad accostarsi con molta cautela rispetto a due fenomeni diversi, ora fortunatamente cessati, ma che erano però espressione di una medesima situazione di fatto: la asserita tacita apertura di credito e la prova dell'esistenza dell'apertura di credito.

Per la verità, la giurisprudenza ha evidenziato atteggiamenti delle banche tra loro diametralmente opposti a seconda delle circostanze. Allorchè il cliente chiamava la banca in responsabilità per non aver onorato un assegno emesso in quanto il conto era privo di copertura e adduceva che la banca era venuta meno rispetto ad una prassi costante tale da giustificare l'esistenza di una tacita apertura di credito, la banca si giustificava correttamente osservando che la mera tolleranza a provvedere al pagamento di assegni privi di copertura non poteva essere considerata idonea a modificare pattuizioni scritte con il correntista e tale da generare legittimi affidamenti per il correntista circa la reiterazione dello stesso comportamento anche in futuro<sup>(26)</sup>.

Viceversa, allorchè la banca era chiamata in revocatoria e la curatela affermava che il conto era sprovvisto di apertura di credito in quanto non si reperiva il contratto, la banca affermava che in realtà esisteva un contratto di apertura di credito non solo concluso *per facta concludentia* ma del quale la banca si offriva di fornire la prova.

In definitiva, è significativa l'adozione di comportamenti opportunistici a seconda dell'obiettivo da raggiungere.

La giurisprudenza ha quindi giustamente guardato con estremo rigore al fenomeno dell'apertura di credito asseritamente stipulata (prima del 10.3.1992) per fatti concludenti o, comunque, senza che vi fosse un contratto scritto con il cliente anche perchè, come già scrivevo nel 1991, le "regole del gioco" della revocatoria delle rimesse sono ben note fin dal 1982 sia al sistema bancario sia ai clienti. Pertanto, se la banca non intende adeguarsi a tali regole è bene che sappia che lo fa a suo rischio e pericolo e se l'exasperata

---

<sup>(25)</sup> Così G. CAVALLI, *Problemi aperti in tema di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario*, in *Dir. banca e mer. fin.*, 1989, I, 122.

<sup>(26)</sup> Cass., 28.7.1999, n. 8160, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Contratti bancari* n. 55; Cass., 4.4.1998, n. 3487, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 298 con nota di S. RESCIGNO; Cass., 23.4.1996, n. 3842, in *Mondo bancario*, 1996, fasc. 6, 49 con nota di V. TROIANO.

concorrenza tra banche induce a indulgere in situazioni non conformi alle "regole del gioco", ciò costituisce una calcolata scelta gestionale della banca che può portare frutti positivi (di espansione della clientela) o negativi (di soggezione alla revocatoria)<sup>(27)</sup>.

La prova della stipulazione di un contratto di apertura di credito presuppone dunque la dimostrazione di un incontro di volontà tra la banca che delibera l'apertura di credito e il cliente che vuole accedere al credito.

Si è pertanto sottolineato che "*la prova che la banca abbia deliberato entro una certa data la concessione dell'affidamento è sicuramente rilevante, anche se non decisiva qualora non si dimostri che il cliente è venuto a conoscenza della deliberazione ... La menzione di una delibera nel libro fidi, regolarmente tenuto e vidimato, può svolgere efficacia probatoria presuntiva laddove l'annotazione sia anteriore ad una vidimazione di chiusura a sua volta precedente la dichiarazione di fallimento*"<sup>(28)</sup>.

L'onere della prova in capo alla banca non si ritiene soddisfatto allorché la banca si limiti a produrre in giudizio l'estratto del libro fidi<sup>(29)</sup>. Nemmeno è sufficiente che la banca produca copia della richiesta di apertura di credito pervenutale dal cliente e della relativa delibera della banca di concessione del fido: in assenza di una comunicazione formale inviata dalla banca al cliente, con cui si comunica l'avvenuto accoglimento della richiesta, la giurisprudenza ritiene che il contratto non si sia perfezionato e che la banca non abbia assunto l'obbligo di tenere a disposizione del cliente una determinata somma, ma intendesse soltanto tollerare gli sconfinamenti<sup>(30)</sup>.

E' controverso se, unitamente alla produzione in giudizio dell'estratto del libro fidi, la banca possa essere ammessa a provare per testi l'avvenuta conclusione del contratto di apertura di credito.

---

<sup>(27)</sup> M. ARATO, *Operazioni bancarie in conto corrente e revocatoria fallimentare delle rimesse*, Milano, 1991, 158 ss. Tale ragionamento è ripreso pressochè negli stessi termini da Trib. Milano, 30.9.1999, *cit.* alla nota 21.

<sup>(28)</sup> Così M. FABIANI, *op. cit.* alla nota 23, p. 211. V. in termini Trib. Milano, 19.7.2001, in *Fall.*, 2001, p. 1285.

<sup>(29)</sup> Trib. Como, 11.9.2002, in *Giur. it.*, 2003, I, 2517; Cass., 23.6.1994, n. 6031, in *Fall.*, 1995, p. 61; Trib. Milano, 27.10.1999, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, II, 341; Cass., 5.12.1992, n. 12947, in *Fall.*, 1993, p. 587 e Trib. Milano, 26.2.1996, in *Giur. It.*, 1997, I, 2, 468, App. Napoli, 9.6.1994, in *Dir. e Giur.*, 1994, 344.

<sup>(30)</sup> App. Milano, 3.11.1995, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 329.

Nel senso affermativo la S.C. ha rilevato che *"non è dubbio che, non richiedendo la legge al riguardo la forma scritta ad substantiam, non sussisteva nella fattispecie alcuna preclusione alla ammissione di prove orali dirette a dimostrare quella stipulazione. Vero è che sussiste in materia il limite di ammissibilità previsto dall'art. 2721 c.c. quando il valore dell'oggetto eccede le lire cinquemila ma, come si è accennato, la ricorrente ha esibito in giudizio le copie fotostatiche degli assegni nonché gli estratti conto, onde il giudice di appello li avrebbe dovuti esaminare agli effetti previsti dall'art. 2724 c.c., secondo cui la prova per testi è ammessa in ogni caso quando vi è un principio di prova per iscritto"*<sup>(31)</sup>. La prova per testimoni non potrebbe però essere ammessa se la banca adducesse che il contratto di apertura di credito è stato stipulato contestualmente al contratto di conto corrente (contratto che doveva essere stipulato per iscritto anche prima dell'entrata in vigore della legge 154/1992): ci si troverebbe infatti in questo caso in presenza del divieto di cui all'art. 2722 cod. civ. che vieta la prova per testimoni relativamente a patti aggiunti al contenuto di un documento per i quali si alleggi che la stipulazione è stata contemporanea.

Per quanto riguarda la prova per presunzioni della stipulazione del contratto di apertura di credito, questa incontra gli stessi limiti della prova testimoniale: chi propende per l'ammissibilità della prova testimoniale ritiene ammissibile anche il ricorso a presunzioni, per il richiamo contenuto nell'art. 2729 cod. civ.<sup>(32)</sup>.

Una parte della giurisprudenza ha affermato che la prova dell'esistenza di un contratto verbale di apertura di credito può emergere dallo specifico comportamento tenuto dalle parti <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> Cass., 21.12.1988, n. 6974, in *Foro It. Rep.*, 1988, voce *"Contratti bancari"*, n. 48; Cass., 23.6.1994, n. 6031, *cit.*; Trib. Milano, 27.9.2001, in *Fallimento*, 2001, p. 1399; in dottrina v. G. TARZIA, *op. cit.*, p. 66.

<sup>(32)</sup> Trib. Milano, 22.3.1991, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, II, 444, che espressamente afferma che *"la prova della stipulazione può essere raggiunta anche in via presuntiva"*.

<sup>(33)</sup> Cass., 11.3.1992, n. 2915, in *Foro It.*, 1992, I, c. 2725, e in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 23, laddove si legge: *"la Corte d'Appello, pur non avendo affermato espressamente che il contratto di fido rientrasse tra quelli per i quali è imposta la stipulazione per iscritto, ha sostanzialmente ritenuto necessaria tale forma. Così ha violato il principio di libertà delle forme, desumibile dall'art. 1325 c.c., secondo il quale il contratto in esame, non essendo compreso tra quelli indicati nell'art. 1350 c.c., per i quali è imposta la forma scritta, avrebbe potuto essere stipulato anche oralmente. Detta Corte ha conseguentemente omesso di risolvere il problema che specificamente le era stato sottoposto; e cioè se, non essendo prevista una forma determinata, il contratto di fido emergeva dal comportamento delle parti"*

Si è rilevato che "ciò che davvero rileva ... è accertare se il rapporto fra banca e cliente possa essere governato dal principio di stabilità ovvero di precarietà. Nel primo caso, ne consegue l'irrevocabilità delle rimesse ..." <sup>(34)</sup>.

Si è così affermato che: "la pattuizione ... di un obbligo della banca di eseguire operazioni di credito passive può emergere dallo stesso contegno della banca nella gestione del conto" <sup>(35)</sup>.

In particolare, è stata ravvisata l'esistenza di un contratto di apertura di credito tra le parti nelle seguenti ipotesi:

- i) pagamento reiterato, da parte della banca, di assegni privi di copertura <sup>(36)</sup>;
- ii) esistenza di una delibera di concessione di fido della banca e operatività costante in passivo del conto corrente <sup>(37)</sup>;

---

*che esprimeva il relativo accordo. Ed il nucleo fondamentale dell'indagine ... consisteva nella individuazione dello specifico comportamento (durata e regolarità della prassi, entità delle somme pagate e alle quali non corrispondeva la copertura, ecc.) e solo successivamente nella valutazione dello stesso".*

<sup>(34)</sup> Così Trib. Verona, 3.4.1990, in *Fallimento*, 1990, p. 1136, resa in una fattispecie in cui si discuteva sull'ammissibilità, per *facta concludentia*, dell'ampliamento dei limiti dell'affidamento. La sentenza è annotata favorevolmente da L. PANZANI, che ritiene però necessario che il comportamento delle parti sia protratto nel tempo e costante, sottolineando altresì che tale comportamento debba essere inequivoco.

<sup>(35)</sup> Cass., 23.4.1996, n. 3842, in *Foro It. Rep.*, 1996, voce "Contratti bancari", n. 29; App. Roma, 2.11.1998, in *Fallimento*, 1999, p. 1023.

<sup>(36)</sup> Cass., 11.3.1992, n. 2915, cit.

<sup>(37)</sup> App. Milano, 27.10.1996, in *Banca. borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 404, che ha affermato che: "la concessione del fido fu ... comunicata dalla direzione centrale ... alla filiale ... e, benchè non risulti sul piano probatorio che ne sia stato dato avviso in forma scritta a [ndr. al correntista], il perfezionamento del contratto è dimostrato per fatti concludenti dall'utilizzazione dell'apertura di credito. Vero è che la concessione del fido non è evincibile dal mero andamento passivo del conto, che può derivare da tolleranza della banca; ma dove esista, come nella specie, un deliberato che autorizza l'apertura di credito e il correntista operi non transitoriamente in passivo, fruendo dell'affidamento, ben si può ritenere raggiunto l'incontro della comune volontà contrattuale"; Trib. Milano, 22.3.1991, cit.: "Dove si abbia da un lato la deliberazione della banca di concessione di fido e, dall'altro, la concreta utilizzazione del credito da parte del correntista, è ragionevole desumere che all'atto interno della banca, consistente nella delibera dell'affidamento, abbia fatto seguito il momento negoziale, anche se non consacrato in una scrittura".

iii) esistenza di una delibera iscritta nel libro fidi della banca, appostazione contenuta nella scheda "linea di credito" trasmessa alla direzione centrale dell'ufficio fidi, movimentazione costantemente in passivo del conto<sup>(38)</sup>.

Al contrario, non è stata riconosciuta l'esistenza di un contratto di apertura di credito in caso di:

- a) richiesta di apertura di credito formulata per iscritto dal cliente e parere favorevole del servizio fidi, in assenza sia di successiva comunicazione al cliente sia di registrazione della delibera nel libro fidi<sup>(39)</sup>;
- b) mera tolleranza di una situazione di scoperto, protratta per un "consistente" periodo<sup>(40)</sup>.

In conclusione, l'atteggiamento opportunamente prudente della giurisprudenza in merito alla concessione della tacita apertura di credito è sicuramente da condividersi in quanto, come già detto, il contratto viveva nella prassi sociale fino al 10.3.1992 come contratto in forma scritta e, pertanto, una diversa forma di conclusione richiedeva una prova specifica molto rigorosa seppur raggiungibile sia per testimoni sia per presunzioni. Quel che è certamente improbabile è ritenere che ancora oggi nel nostro ordinamento abbia spazio la tacita apertura di credito (si avranno quindi rigorose conseguenze sia per i clienti - che non possono giuridicamente contare sull'elasticità di cassa

---

<sup>(38)</sup> Trib. Milano, 14.4.1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, II, 405, che afferma: *"la perfetta corrispondenza tra i dati indiziari desumibili da questa documentazione [ndr: l'estratto libro fidi e la scheda "linea di credito"] e la movimentazione del conto corrente desumibile dalla documentazione prodotta dall'attrice induce il Collegio a ritenere presuntivamente provata l'apertura di credito in conto corrente ... La circostanza che alla s.p.a. ... fosse consentito di compiere operazioni allo 'scoperto' e nello stesso tempo nel libro fidi e nelle relative schede 'linea di credito' si facesse menzione di un'apertura di credito ... ad avviso del collegio non può che giustificarsi sulla base di uno specifico accordo tra le parti sulla costituzione di provvista del conto corrente mediante apertura di credito ... Il difetto di un atto scritto ... appare quindi al Collegio ampiamente superato dalla serie di univoci e concordanti indizi sopra menzionati"*.

<sup>(39)</sup> App. Milano, 3.11.1995, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1997, II, 329.

<sup>(40)</sup> Cass., 3.7.1987, n. 5819, in *Foro It.*, 1988, I, 850 e Cass., 11.9.1998, n. 9018, in *Fall.*, 1999, p. 991.

Vale la pena sottolineare che la situazione presa in considerazione dalle due sentenze appena citate non diverge sostanzialmente da quella presa in esame al precedente punto i), pur se ha condotto a decisioni giurisprudenziali diametralmente opposte.

- sia per le banche - che in assenza di formale contratto di apertura di credito sono esposte alla revocatoria di tutte le rimesse sul conto scoperto).