

# Conto corrente e rigetto provvisorio dell'opposizione

*Francesco Naef*

*Publicato in: Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese II-1997, pag.247 e segg.*

Indice:

1. Introduzione
2. La vexata quaestio
  - 2.1 L'opinione dominante
  - 2.2 L'opinione minoritaria
3. Discussione
  - 3.1 La qualità di titolo ex art. 82 LEF
  - 3.2 L'esigibilità
  - 3.3 Deroghe convenzionali?
4. Conclusione

## 1. Introduzione

E' interessante osservare come certe questioni giuridiche vengano periodicamente rimesse in discussione. Un bell'esempio è costituito dalla questione a sapere se ed a quali condizioni la documentazione relativa ad un conto corrente possa valere quale titolo di rigetto provvisorio dell'opposizione ex art. 82 LEF.

Tale quesito infatti, dopo essere rimasto "sopito" per diversi anni, è recentemente riemerso nella giurisprudenza cantonale, probabilmente anche a causa del grosso numero di esecuzioni legate all'attuale congiuntura economica. In particolare si sono nuovamente chinati sul problema il Tribunale cantonale giurassiano<sup>1</sup>, il Tribunale cantonale vallesano<sup>2</sup> e l'Obergericht di Lucerna<sup>3</sup>; anche la Camera esecuzioni e fallimenti ticinese ha avuto modo, in due casi ove chi scrive ha agito quale patrocinatore di una parte, di riesaminare la questione, giungendo ad una modifica implicita (poiché non dichiarata come tale) della propria giurisprudenza<sup>4</sup>.

La cosa curiosa è che, dopo aver esaminato la questione, i Tribunali testé citati giungono a risultati divergenti, in particolare laddove si sia in presenza di un conto corrente bancario. Tutto ciò causa un'incertezza giuridica che, nel Paese delle banche, è un tantino singolare<sup>5</sup>.

Vale quindi la pena approfondire le argomentazioni a favore di una tesi o dell'altra per verificare se siano veramente così antitetiche come sembrano, ed in tal caso spezzare una lancia in favore di una delle due.

## 2. La vexata quaestio

Pacifico è che un estratto di conto corrente possa valere quale riconoscimento di debito per il saldo unicamente se controfirmato per accettazione dal debitore; per la nozione stessa di riconoscimento

<sup>1</sup> RJJ 1991, pag. 270 e segg.; 1995, pag.287 e segg.

<sup>2</sup> RVJ 1993, pag. 207 e segg.; 1988, pag. 368 e segg.

<sup>3</sup> RSJ 1994 pag. 292, n.37

<sup>4</sup> CEF (TI) 14.7.1993 in re BdG c. G.F., confermata, anche se con parziale diversa motivazione, dal TF su ricorso di diritto pubblico: Rep 1994, pag. 255 e segg.; CEF (TI) 10.4.1996 in re BdS c. C.SA

<sup>5</sup> tale divergenza di prassi ha anche effetti sull'istituto del sequestro LEF: *F.C. Meier-Dieterle*, Der "Ausländerarrest" im revidierten SchKG- eine Checkliste, AJP 1996, pag. 1424

di debito mediante scrittura privata ex art. 82 cpv 1 LEF risulta infatti indispensabile il requisito della firma, un eventuale riconoscimento tacito essendo ininfluenza<sup>6</sup>.

Medesime considerazioni valgono per il contratto di apertura di credito in conto corrente, considerato che in detto contratto l'ammontare del debito non è determinabile (nello stesso essendo unicamente indicata la cifra massima del limite di credito); lo stesso può perciò valere quale titolo di rigetto unicamente se accompagnato da un benestare, vale a dire dall'estratto conto controfirmato dal debitore<sup>7</sup>.

Secondo un orientamento<sup>8</sup> a tale principio farebbe eccezione il caso in cui, nonostante l'utilizzo dei termini "limite di credito" o "apertura di credito in conto corrente", l'importo prestato sia stato versato tutto in una sola volta, trattandosi in realtà di un mutuo fisso, e non di limite di credito in conto corrente; in tal caso il contratto di concessione di credito firmato dal debitore sarebbe sufficiente titolo di rigetto anche in assenza di estratti conto firmati. Tale opinione non mi sembra però corretta, in particolare se il tenore letterale del contratto indichi espressamente un "limite di credito in conto corrente"; trattandosi di un *limite* è evidente che in tale contratto non si possa ravvedere un riconoscimento di debito, la somma dello stesso non essendo determinabile al momento della firma. D'altra parte, per il suo limitato potere cognitivo, non spetta certo al giudice del rigetto provvisorio dell'opposizione procedere all'interpretazione dei contratti, interrogandosi sulla reale volontà delle parti ai sensi dell'art. 18 CO; una dichiarazione o un contratto non chiari o soggetti ad interpretazione non sono titoli di rigetto provvisorio<sup>9</sup>.

Posti tali principi, il benestare del conto corrente deve essere necessariamente l'ultimo esistente, e quindi il più recente, oppure no? In particolare se il saldo riconosciuto sul benestare è stato seguito da altre operazioni o dal riporto a nuovo, può ancora valere quale titolo di rigetto?

### 2.1 L'opinione dominante

Nella giurisprudenza cantonale vi è un orientamento maggioritario. Uno dei caratteri essenziali del conto corrente essendo la sua indivisibilità, sino alla chiusura non vi è un creditore e un debitore, ma soltanto poste di credito e di debito, dei diritti eventuali al credito del saldo unicamente esigibile. Di conseguenza, se il saldo riconosciuto di un periodo è riportato a nuovo in testa di nuove operazioni ed il conto corrente è perciò continuato, esso perde il suo carattere indipendente e diviene una semplice posta del nuovo conto che è indivisibile; ciò significa che se sono state create nuove poste in conto corrente, il riconoscimento del saldo anteriore perde necessariamente ogni valore e perciò la qualità di titolo ex art. 82 LEF. Il benestare di un conto corrente, firmato dal debitore, non può perciò più costituire titolo di rigetto provvisorio dell'opposizione, se da un successivo estratto del conto corrente risulta il riporto a nuovo del saldo per il quale il benestare fu dato.

In tal senso si è espressa la giurisprudenza dei Cantoni di Basilea Città<sup>10</sup>, Grigioni<sup>11</sup>, Lucerna<sup>12</sup>,

<sup>6</sup> F. Cometta, Il rigetto provvisorio dell'opposizione nella prassi giudiziaria ticinese, in Rep. 1989 pag. 338, 340

<sup>7</sup> DTF 106 III 97; 122 III 125; B. Meyer, Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge, Zurich, 1979, pag. 165

<sup>8</sup> RJJ 1991 pag. 270 e segg.; A. Schmidt, Jurisprudences récentes du Tribunal fédéral et de la Cour de Justice en matière de mainlevée provisoire, SJ 1995, pag. 317 e segg., n. 22, 33

<sup>9</sup> Rep. 1972, pag. 345, c.6; CEF (TI) 15.6.1993 in re M.G. c. CS, c. 4b; Cometta, op. cit. alla nota 6, pag. 330

<sup>10</sup> D. Stahelin, Vom gegenwärtigen Stand der basler Rechtsöffnungspraxis, in BJM 1958 pag. 16

<sup>11</sup> PKG 1968 no. 24

<sup>12</sup> RSJ 1934/1935 pag. 299, n.61; RSJ 1994, pag. 292, n.37

Vaud<sup>13</sup>, Ticino<sup>14</sup>, Turgovia<sup>15</sup> e Zugo<sup>16</sup>. La Camera esecuzioni e fallimenti ticinese aveva anzi persino esplicitamente precisato che anche l'addebito di interessi, commissioni e spese è da ritenersi un'operazione di conto corrente propriamente detta, onde per cui il benessere intermedio di conto corrente non è titolo sufficiente per il rigetto provvisorio neppure se sia stato seguito unicamente dall'addebito degli interessi<sup>17</sup>.

Di medesima opinione è pure la - quasi unanime - dottrina, per la quale il benessere di un conto corrente firmato dal debitore costituisce titolo di rigetto solo se il conto corrente è stato disdetto e termina in quel momento, e non quindi se in seguito è stato riportato a nuovo o sono state eseguite altre operazioni<sup>18</sup>. Il riporto a nuovo del saldo è da considerare perlomeno rinuncia ad esigere quel saldo fino alla prossima chiusura, costituendo quindi in ogni caso un differimento dell'esigibilità<sup>19</sup>.

Tali principi dottrinali e giurisprudenziali risultano essere ben noti e apparentemente non contestati pure nell'ambiente bancario<sup>20</sup>.

Infine, per quanto riguarda la giurisprudenza del Tribunale federale, è rara quella pubblicata su questo specifico punto; vi è però che il TF, in un caso ove ha precisato la nozione di riconoscimento di debito ex art. 82 LEF nell'ambito di un contratto di apertura di credito in conto corrente, ha ritenuto rilevante accertare se il saldo passivo del conto corrente fosse o no stato riportato a nuovo<sup>21</sup>. In una recente sentenza il TF sembra aver precisato il suo orientamento indicando che il riporto a nuovo del saldo, per il quale il benessere fu dato, seguito da ulteriori addebiti con creazione di un nuovo saldo accettato (esplicitamente o tacitamente) dal debitore fa perdere, in virtù dell'effetto novatorio dell'art. 117 cpv 2 CO, l'efficacia di riconoscimento di debito al benessere precedente<sup>22</sup>; nella medesima sentenza il TF ha pure precisato che è sostenibile non dedurre, dalla semplice ed automatica operazione contabile di aggiornamento (con addebito di interessi e spese) e riporto del saldo, in mancanza di altri indizi, la volontà di perseverare nel rapporto di conto corrente, e perciò l'inesigibilità dello stesso<sup>23</sup>.

## 2.2 L'opinione minoritaria

Di opinione contraria sembrerebbe esser invece la giurisprudenza bernese. In un primo tempo il Tribunale d'Appello del Canton Berna aveva decisamente contestato che un riporto a nuovo

<sup>13</sup> Rep. 1927 pag. 510; JT 1946 II 127; BLSchK 1959, pag. 176; JT 1968 II 127 anche se contraddittoria

<sup>14</sup> Rep. 1956 pag. 400; 1980, pag. 109

<sup>15</sup> RBTG 1981 pag. 68; 1983 pag. 95

<sup>16</sup> BLSchK 1937 pag. 69; ZGGVP 1977-78, pag. 154

<sup>17</sup> Rep. 1937 pag. 276, 1943 pag. 330

<sup>18</sup> C. Jaeger-R. Petimermet-H. Bovay, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne, 1920, ad art. 82 LEF no 4; Meyer, op. cit., pag. 165; M. Caprez, Mainlevée d'opposition II, FJS 186, Genève, 1956, pag. 6; H. Hess, Die Materiellen Grundlagen der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage, Bern, 1946, pag. 63; L. Etter, Le contrat de compte courant, Zürich, 1994, pag. 214

<sup>19</sup> C. Jaeger-M. Daeniker, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis, Zürich, 1947, ad art. 82 LEF no 4g

<sup>20</sup> E. Albisetti - M. Boemle - P. Ehram - M. Gsell - P. Nyffeler - E. Rutschi, Handbuch des Geld, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, Thun, 1987, pag. 429; U. Emch - H. Renz - F. Bösch - P. Montavon - A. de Werra - A. Bizzozero - A. Wermelinger, Le Monde et la Pratique Bancaires Suisses, Lausanne, 1995, t.II, pag. 25

<sup>21</sup> DTF 106 III 99 in fondo

<sup>22</sup> Rep 1994, pag. 257, c.3

<sup>23</sup> Rep 1994, pag. 258, c.4c

posteriore al benessere di conto corrente potesse far perdere a quest'ultimo la *qualità* di riconoscimento di debito ex art. 82 LEF, osservando in particolare che, giusta l'art. 117 cpv 1 CO, il semplice riporto a nuovo non ha ancora effetto novatorio<sup>24</sup>; ammetteva tuttavia che il riporto a nuovo potesse avere un'influenza sull'*esigibilità* del credito. In un secondo tempo tale opinione sembra essere stata precisata, riconoscendo che il riporto a nuovo poteva avere un effetto rilevante ai sensi dell'art. 82 LEF unicamente in un contratto di conto corrente propriamente detto, ma non in un contratto di apertura di credito in conto corrente<sup>25</sup>.

Pure la Cour de Justice del Canton Ginevra sembrerebbe sostenere la tesi dell'ininfluenza del riporto a nuovo sulla qualità di riconoscimento di debito dell'ultimo benessere<sup>26</sup>; è bene precisare tuttavia che, nella fattispecie in quel caso esaminata, non c'era stata alcun'operazione posteriormente alla disdetta del credito. Tale giurisprudenza è stata recepita anche nei cantoni di Neuchâtel<sup>27</sup> e Giura<sup>28</sup>. Da segnalare infine l'orientamento giurisprudenziale del Canton Vallese<sup>29</sup> che sembra andare nel medesimo senso, almeno nella misura in cui non vi sia stato nessun riporto a nuovo posteriormente alla disdetta del credito.

Come si è già detto in precedenza, la Camera esecuzioni e fallimenti ticinese sembrerebbe aver recentemente modificato la propria opinione, schierandosi in favore dell'orientamento minoritario della giurisprudenza. La stessa ha infatti deciso che se il conto corrente è stato proseguito, posteriormente al benessere firmato dal debitore ed alla disdetta del credito, unicamente con l'automatico addebito e capitalizzazione di interessi e spese, ciò non fa perdere al benessere la sua qualità di riconoscimento di debito<sup>30</sup>, e tantomeno rende inesigibile il debito<sup>31</sup>.

In dottrina l'unica voce dissidente sembra essere quella di Panchaud-Caprez, i quali citano con approvazione la sentenza ginevrina; tali autori non forniscono però i motivi della loro opinione<sup>32</sup>.

### 3. Discussione

Non mi pare che le opinioni minoritarie citate possano convincere ad abbandonare l'opinione prevalente di dottrina e giurisprudenza; ciò anche perché potrebbero essere meno "dissidenti" di quanto non appaiano a prima vista.

Le questioni mi sembrano essere due, e non sono forse sempre state distinte. Una è quella a sapere se il riporto a nuovo posteriore (in testa di nuove operazioni) faccia perdere al benessere di conto corrente la sua *qualità di riconoscimento di debito*. Un'altra è quella a sapere se il riporto a nuovo del saldo per il quale il benessere fu dato renda perlomeno lo stesso *inesigibile* sino alla prossima chiusura o eventualmente alla disdetta del credito.

#### 3.1 La qualità di titolo ex art. 82 LEF

Per quanto riguarda la prima questione, non comprendo per quale motivo si dovrebbe negare che un benessere di conto corrente (in particolare in ambito bancario) perda completamente la propria efficacia di riconoscimento di debito ex art. 82 LEF se da un estratto conto posteriore risulti il

<sup>24</sup> RJB 57, pag. 554

<sup>25</sup> RJB 71, pag. 234

<sup>26</sup> SJ 1958, pag. 312

<sup>27</sup> RJN 1977-81, I, pag.285 e segg.

<sup>28</sup> RJJ 1995, pag. 287 e segg.

<sup>29</sup> RVJ 1988 pag. 368 e segg.; 1993, pag. 208 e segg.

<sup>30</sup> CEF (TI) 10.4.1996 in re BdS c. C.SA, c6

<sup>31</sup> CEF (TI) 14.7.1993 in re G.F. c. BdG, c 2b

<sup>32</sup> A. Panchaud-M. Caprez, La mainlevée d'opposition, Zürich, 1980, § 84

riporto a nuovo del vecchio saldo in testa di nuove operazioni, nel caso in cui il nuovo estratto non sia stato esplicitamente contestato dal debitore. E ciò non tanto per l'avvenuto riporto a nuovo, quanto per l'effetto novatorio legato all'accettazione dell'estratto conto con il nuovo saldo.

Vero infatti è che il solo riporto a nuovo non comporta automaticamente novazione<sup>33</sup>; il semplice fatto che la banca comunichi che il saldo, per il quale il benessere fu dato, viene riportato a nuovo non è perciò ancora decisivo<sup>34</sup>, poiché non comporta novazione.

Tuttavia se, a seguito del riporto a nuovo, sono eseguite altre operazioni con creazione di un *nuovo saldo* che viene comunicato al cliente, e se tale nuovo saldo viene da questi *riconosciuto*, allora si che interviene la novazione giusta l'art. 117 cpv 2 CO. Ora è bene ricordare che il riconoscimento può anche essere tacito ed intervenire in caso di mancato reclamo da parte del cliente in un termine che generalmente le condizioni generali delle banche fissano in un mese dalla ricezione dell'estratto<sup>35</sup>; in tal caso il debito riconosciuto sul *precedente estratto* viene estinto per novazione e perde perciò ogni valore quale titolo di rigetto in quanto riconoscimento di un debito che è estinto<sup>36</sup>. D'altra parte il nuovo estratto non potrà valere quale titolo di rigetto se, come visto in precedenza, non sia stato controfirmato dal debitore, poiché un riconoscimento di debito tacito non è sufficiente ex art. 82 LEF.

Decisiva è perciò la novazione, e non il semplice riporto a nuovo del saldo<sup>37</sup>.

Per questo motivo la sentenza ginevrina<sup>38</sup> in realtà era corretta. In quel caso il benessere controfirmato dal debitore indicava sì che il saldo sarebbe stato riportato a nuovo, però, 11 giorni dopo, la banca aveva disdetto la relazione senza ulteriormente inviare al debitore altri estratti conto; ciò significa che quel saldo riconosciuto non era stato estinto per novazione, essendo stato unicamente seguito, pochi giorni dopo, dalla disdetta del credito. Diversa avrebbe dovuto invece essere la soluzione se la banca avesse, posteriormente all'estratto conto controfirmato dal debitore, inviato un nuovo estratto conto con riporto a nuovo e la creazione di un nuovo saldo, a condizione che questo nuovo saldo fosse stato *riconosciuto tacitamente* dal debitore con effetto novatorio sul precedente.

Errati mi sembrano quindi il nuovo orientamento ticinese nonché quello giurassiano e quello neocastellano, che ritengono ininfluenza la capitalizzazione d'interessi posteriore al benessere<sup>39</sup>. Proprio la capitalizzazione degli interessi mediante *anatocismus separatus* mi sembra comporti al contrario la presunzione della volontà delle parti di procedere ad estinguere per novazione il debito risultante dal precedente benessere<sup>40</sup>. D'altra parte poco importa che *tipo* d'operazioni siano intervenute posteriormente al benessere, decisivo essendo unicamente se ciò abbia comportato un *nuovo saldo* comunicato al debitore e da questi accettato con effetto novatorio, ex art. 117 cpv 2 CO, sul precedente.

### 3.2 L'esigibilità

<sup>33</sup> art. 117 cpv 1 CO

<sup>34</sup> H. Homberger, Der Kontokorrent im Bankgeschäft, Zürich, 1944, pag. 82

<sup>35</sup> R. Gonzenbach, Kommentar zum schweizerischen Privatrechts, Basel, 1996, ad art. 117 CO no 12; V. Aeppli, Zürcher Kommentar, Zürich, 1991, ad art. 117 CO, n. 32; Etter, op. cit. alla nota 18, pag. 198; *contra* Rep. 1989, pag. 149

<sup>36</sup> Rep 1994, pag. 257, c.3; P. Nobel, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrechts der Schweiz, Bern, 1979, pag. 349

<sup>37</sup> ciò che è ammesso anche dalla giurisprudenza bernese: RJB 57, p. 556

<sup>38</sup> SJ 1958 pag. 312

<sup>39</sup> CEF (TI) 10.4.1996 in re BdS c. CSA c6; RJN 1977-81, I, pag. 285 e segg.; RJJ 1995, pag.287 e segg.

<sup>40</sup> Etter, op. cit. alla nota 18, pag. 225, 226

Per quanto riguarda invece la seconda questione, e cioè quella dell'esigibilità, decisiva non è più la novazione, bensì il semplice fatto che il saldo sia stato riportato a nuovo in testa di nuove operazioni e che perciò il conto corrente sia stato *continuato*<sup>41</sup>. Infatti tale operazione significa differimento dell'esigibilità e quindi rinuncia da parte della banca ad esigere il saldo sino alla prossima chiusura<sup>42</sup>. Non si può perciò parlare di esigibilità sino alla prossima chiusura<sup>43</sup> o sino ad un'eventuale disdetta della relazione<sup>44</sup>.

Certo, le condizioni generali delle banche, di solito, prevedono la facoltà per la banca di revocare le relazioni d'affari in ogni momento e senza termine di preavviso, ciò che comporta la possibilità di rendere esigibile in ogni momento il credito risultante dal conto corrente mediante disdetta; la disdetta deve però precedere la domanda di esecuzione. Infatti la disdetta è una manifestazione di volontà soggetta a *ricezione*, e quindi ha effetto solo da tale momento<sup>45</sup>. Ora, l'esigibilità, nell'ambito del rigetto provvisorio dell'opposizione, deve essere data non al momento dell'udienza per il rigetto, bensì già al momento della domanda d'esecuzione<sup>46</sup>. Ciò significa che il precetto esecutivo, anche se può essere interpretato come disdetta, è ininfluenza in quell'esecuzione, poiché può al massimo provocare l'esigibilità al momento della sua notifica, ma non certo al momento della domanda di esecuzione<sup>47</sup>.

Ma se poi a seguito del benessere e di un'eventuale disdetta, il conto corrente è continuato, con l'iscrizione di nuove operazioni e l'invio di nuovi estratti conto con nuovi riporti a nuovo del saldo, la banca dimostra di voler *continuare* la relazione, e di ritenere perciò il conto corrente tutt'ora in vigore o comunque tacitamente rinnovato<sup>48</sup>; la creazione di ulteriori poste di conto corrente (e perciò anche il riporto a nuovo del saldo per il quale il benessere fu dato) significa, come precedentemente esposto, differimento dell'esigibilità sino alla nuova chiusura o disdetta.

Si noti che le ulteriori operazioni in conto corrente dalle quali si può desumere la continuazione dello stesso non sono soltanto degli eventuali accrediti e addebiti, o delle comunicazioni della banca in merito al cambiamento del saggio d'interesse o alla richiesta di rate di ammortamento<sup>49</sup>; pure il semplice addebito di interessi commissioni e spese alla chiusura di un periodo, col relativo riporto a nuovo del saldo totale (vale a dire la capitalizzazione di interessi) è da vedere quale operazione di conto corrente propriamente detta, come la giurisprudenza ticinese aveva, sino al recente ripensamento<sup>50</sup>, chiaramente affermato<sup>51</sup>. Anzi, proprio il fatto che gli interessi vengano capitalizzati dalla banca con il tipico sistema di contabilizzazione di un conto corrente, dimostra che la relazione è tutt'ora in vigore. In effetti a contratto disdetto è esigibile il saldo, oltre agli interessi *di mora* sullo stesso a partire dall'esigibilità; ex art. 105 cpv 3 CO tuttavia, non è possibile pretendere gli interessi degli interessi di mora e quindi, a contratto disdetto e a partire dall'esigibilità, non è più possibile procedere ad una capitalizzazione unilaterale degli interessi<sup>52</sup>. Lecita è invece la capitalizzazione

<sup>41</sup> *Etter*, op. cit. alla nota 18, pag. 112

<sup>42</sup> *Aeppli*, op. cit. alla nota 35, ad art. 117 CO no 46

<sup>43</sup> P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Bern, 1997, pag. 774, lett C

<sup>44</sup> *Homberger*, op. cit. alla nota 34, pag. 120; *Etter*, op. cit. alla nota 18, pag. 215

<sup>45</sup> *Engel*, op. cit. alla nota 43, pag. 127, 132; *Etter*, op. cit. alla nota 18, pag. 113, 242

<sup>46</sup> Rep 1994, pag. 414, c. 2d; *Panchaud-Caprez*, op. cit. alla nota 32, § 14; *Cometta*, op. cit. alla nota 6, pag. 347

<sup>47</sup> *B. Christ*, *Der Darlehensvertrag*, in *Schweizerisches Privatrecht*, t. VII/2, Basel, 1979, pag. 253

<sup>48</sup> la concessione di credito in conto corrente può infatti essere anche tacita: *Emch-Renz-Bösch-Montavon-de Werra-Bizzozero-Wermelinger*, op. cit. alla nota 20, pag. 24; *Etter*, op. cit. alla nota 18, pag. 112, 119

<sup>49</sup> Rep 1994, pag. 413, c.2b

<sup>50</sup> CEF (TI) 10.4.1996 in re BdS c. C S.A. c6

<sup>51</sup> Rep. 1943 pag. 330; 1937, pag. 276

<sup>52</sup> RVJ 1996, pag.289

degli interessi contrattuali nell'ambito di un mutuo bancario o di relazione commerciale di conto corrente ex art. 314 cpv 3 CO. Continuare ad inviare estratti conto con la capitalizzazione degli interessi posteriormente ad una chiusura o disdetta significa perciò pretendere degli interessi *contrattuali*, ed affermare quindi che la relazione contrattuale di mutuo e di conto corrente è sempre in vigore, o si è tacitamente rinnovata<sup>53</sup>; ciò basta, anche considerato il limitato potere cognitivo del giudice del rigetto - il quale, in caso di dichiarazioni contraddittorie o soggette ad interpretazione, non può far altro che respingere l'istanza - per ritenere inesigibile il credito.

Secondo una sentenza bernese<sup>54</sup> tali effetti sull'esigibilità tipici di un contratto di conto corrente non sarebbero applicabili al rapporto di apertura di credito in conto corrente; non comprendo per quale motivo. In effetti ove una delle parti è una banca, l'esistenza di un contratto di conto corrente deve essere presunta<sup>55</sup>. D'altra parte non mi pare sostenibile la tesi secondo la quale il contratto di apertura di credito in conto corrente non sarebbe un conto corrente propriamente detto, essendovi sempre solo un creditore, la banca<sup>56</sup>; al contrario, anche in presenza di un limite di credito - il cliente non essendo obbligato a fruirne - le due parti possono trovarsi ad esser reciprocamente debitorici o creditorici<sup>57</sup>.

Per tutte queste considerazioni la sentenza ginevrina<sup>58</sup> e quella vallesana<sup>59</sup> risultano in realtà corrette (per quanto riguarda la questione dell'esigibilità), poiché nei casi ivi esaminati, non vi era stata alcuna operazione, capitalizzazione di interessi o riporto a nuovo del saldo del conto corrente posteriormente alla *disdetta*, la quale era invece stata unicamente seguita dalla domanda di esecuzione.

Al contrario continua a sembrarmi errata la nuova giurisprudenza ticinese. Nel caso ivi esaminato infatti, posteriormente alla disdetta, la banca aveva continuato ad inviare al debitore gli estratti conto con le chiusure trimestrali, per ben quattro volte, indicanti la capitalizzazione degli interessi e spese ed il riporto a nuovo del saldo risultante<sup>60</sup>; ciò facendo ha dimostrato di ritenere la relazione di conto corrente ancora in vigore o tacitamente rinnovata, con conseguente inesigibilità del credito.

### 3.3 *Deroghe convenzionali?*

Un'ultima questione alla quale vale la pena di accennare è quella a sapere se gli effetti, ai fini dell'applicazione dell'art. 82 LEF, testé citati della novazione e del riporto a nuovo del conto corrente possano esser modificati da speciali convenzioni tra le parti. Che efficacia può avere, ad esempio, un benestare del conto corrente firmato dal debitore sul quale sia indicato che lo stesso "costituisce riconoscimento di debito esigibile in ogni momento, anche nel caso in cui il conto corrente sia stato continuato"? La risposta a tale quesito non è univoca.

Secondo un orientamento, tale clausola sarebbe nulla o comunque inefficace, vuoi perché non è consentito alle parti preordinare una procedura per i casi in cui essa non sia consentita dalla legge<sup>61</sup>,

<sup>53</sup> *Etter*, op. cit. alla nota 18, pag. 108, 112

<sup>54</sup> RJB 71, pag. 233

<sup>55</sup> *D. Guggenheim*, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich, 1986, pag. 227

<sup>56</sup> RJB 71, pag. 234

<sup>57</sup> *Emch-Renz-Bösch-Montavon-de Werra-Bizzozero-Wermelinger*, op. cit. alla nota 20, pag. 24

<sup>58</sup> SJ 1958 pag. 312 e segg.

<sup>59</sup> RVJ 1988 pag. 372, c.3d

<sup>60</sup> CEF (TI) 14.7.1993 in re BdG c. G.F. c. 4c; lo stato di fatto è menzionato nella sentenza del TF in tale caso: Rep 1994, pag. 255 e segg.

<sup>61</sup> Rep. 1943, pag. 330

vuoi perché in contrasto insanabile con la natura stessa di un conto corrente<sup>62</sup>.

Secondo un altro invece, tale clausola sarebbe perfettamente valida, e permetterebbe quindi di ottenere il rigetto dell'opposizione sulla base di un benestare firmato dal debitore, anche in caso di continuazione del conto corrente<sup>63</sup>.

Per il Tribunale federale infine, nessuna delle due tesi appare insostenibile<sup>64</sup>.

A mio avviso la tesi secondo la quale una clausola di tal tipo sarebbe nulla è errata, almeno nella motivazione. In effetti se è vero che il solo fatto che le parti designino una dichiarazione quale titolo di rigetto ex art. 82 LEF non la rende necessariamente atta a tal scopo<sup>65</sup>, è altrettanto vero che le pochissime norme del Codice delle obbligazioni che regolano il conto corrente non sono di natura imperativa<sup>66</sup>; mi sembra quindi, di principio, lecita una convenzione tra le parti che deroghi, ad esempio, all'effetto novatorio di cui all'art. 117 cpv 2 CO, od alla presunzione di differimento dell'esigibilità legata alla natura del conto corrente<sup>67</sup>.

Questo non significa però che una clausola del genere sia in ogni caso efficace ai sensi dell'art. 82 LEF, soprattutto in considerazione del limitato potere cognitivo del giudice del rigetto il quale, in presenza di dichiarazioni o stipulazioni contraddittorie, non può procedere all'interpretazione delle manifestazioni di volontà delle parti, ma deve semplicemente rifiutare il rigetto dell'opposizione, rinviando l'escutente alla procedura ordinaria.

Se, ad esempio, posteriormente ad un benestare firmato dal debitore contenente la clausola in questione la banca invia alla controparte, *senza riserva alcuna*, un nuovo estratto conto con riporto a nuovo del vecchio saldo, capitalizzazione di interessi e formazione quindi di un nuovo saldo, afferma implicitamente di riconoscere il nuovo saldo, ciò che implica l'offerta alla controparte di riconoscere lo stesso con l'effetto novatorio dell'art. 117 cpv 2 CO<sup>68</sup>. Quand'anche la clausola citata dovesse essere interpretata come una convenzione escludente la novazione, la stessa sarebbe perciò contraddetta dagli atti posteriori del creditore, contraddizione che dovrebbe andare a sfavore di quest'ultimo, con conseguente inefficacia, ex art. 82 LEF, della clausola.

Di conseguenza mi pare che la clausola in questione possa essere rilevante piuttosto nell'ambito dell'esigibilità, la stessa derogando appunto alla presunzione d'inesigibilità dell'importo riconosciuto sul benestare in caso di continuazione delle operazioni in conto corrente. L'importanza concreta della stessa rimane però limitata dal fatto che, in ogni caso, l'esigibilità di un conto corrente può essere provocata in ogni momento mediante disdetta. D'altra parte, se posteriormente al benestare viene comunicato un nuovo estratto con un nuovo saldo accettato tacitamente con effetto novatorio ex art. 117 cpv 2 CO dal debitore, il vecchio benestare perde la sua qualità di titolo di rigetto, onde per cui la questione dell'esigibilità non si pone nemmeno.

#### 4. Conclusione

<sup>62</sup> BISchK 1959, pag. 178

<sup>63</sup> BISchK 1943, pag. 58; PKG 1968, n. 24; forse in tal senso CEF (TI) 10.4.1996 in re BdS c. C.SA, c. 7e)

<sup>64</sup> DTF 17.1.1936 (P. 540) in re BPS c. H.D., pag. 7

<sup>65</sup> *Panchaud-Caprez*, op. cit. alla nota 32, §1 n. 3

<sup>66</sup> *Aepli*, op. cit. alla nota 35, ad art. 117 CO, n. 53; *Gonzenbach*, op. cit. alla nota 35, ad art. 117 CO, n. 18; *Etter*, op. cit. alla nota 18, pag. 48

<sup>67</sup> *Etter*, op. cit. alla nota 18, pag. 146

<sup>68</sup> DTF 104 II 193; *Etter*, op. cit. alla nota 18, pag. 191, 220; *Aepli*, op. cit. alla nota 35, ad art. 117 CO, n. 26, 31

Nonostante la recentissima evoluzione della giurisprudenza di alcuni Cantoni, l'orientamento dominante e più antico rimane il più convincente.

In linea di principio, un estratto di conto corrente controfirmato dal debitore permette, unitamente al contratto di apertura di credito, di ottenere il rigetto provvisorio ex art. 82 LEF a condizione che sia intervenuta la disdetta della relazione, e che posteriormente alla stessa ed all'estratto, il saldo riconosciuto non sia stato riportato a nuovo e che non siano state eseguite nuove operazioni sul conto.