COLLEGIO DI BARI

composto dai signori:

(BA) DE CAROLIS	Presidente
(BA) TUCCI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BA) CAMILLERI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BA) STEFANELLI	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(BA) COSTANTINO	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore ESTERNI - MASSIMIANA COSTANTINO

Nella seduta del 28/09/2017 dopo aver esaminato:

- il ricorso e la documentazione allegata
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione
- la relazione della Segreteria tecnica

FATTO

Dopo aver esperito infruttuosamente il reclamo in data 03.10.2016, parte ricorrente, in data 17/02/2017, ha proposto ricorso, dichiarando di aver stipulato, in data 27.11.2009, un contratto di mutuo fondiario dell'importo di € 200.000,00, a garanzia del quale veniva iscritta ipoteca su quattro beni immobili (due appartamenti uso ufficio e due locali commerciali) di proprietà superficiaria della società. In data 17/08/2016, la ricorrente formulava istanza di restrizione di ipoteca, al fine di liberare uno dei beni immobili gravati dalla garanzia, in quanto il debito residuo ammontava ad €119.629,55 e, dunque, era stato pagato ben oltre 1/5 del debito complessivo, ed i restanti beni costituivano garanzia sufficiente in favore del creditore (come dimostrato dalla perizia allegata). Ritiene la società istante che il rigetto dell'istanza da parte della banca sia illegittimo, poiché il conseguimento del diritto riconosciuto dall'art. 39 TUB non può essere subordinato a valutazioni discrezionali del soggetto mutuante. L'intermediario si è costituito, facendo pervenire le proprie controdeduzioni in data 21.03.2017 e fornendo la seguente ricostruzione dei fatti. Lo stesso, preliminarmente, fa rilevare che la società ricorrente non adempie al pagamento delle rate del mutuo da febbraio 2016 e che, inoltre, ha cessato la propria attività. Per tali ragioni, la questione della garanzia ipotecaria non si pone

meramente in astratto, posto che la creditrice potrebbe vedersi costretta ad agire contro la debitrice per soddisfare il proprio credito, ammontante ad € 119.901,00 alla data del 17.11.2016. Sostiene, altresì, l'intermediario che la richiesta della ricorrente è stata oggetto di specifica istruttoria da parte della banca, che ha dato esito negativo in quanto la liberazione dell'immobile renderebbe la garanzia ipotecaria insufficiente a tutelare le ragioni creditizie. Come si evince dalla perizia allegata, il bene che si intende liberare è l'unico adibito ad abitazione, sicché la sua destinazione lo rende maggiormente appetibile sotto il profilo commerciale e idoneo a far conseguire il maggior realizzo in caso di esecuzione coattiva. La liberazione dall'ipoteca del predetto immobile renderebbe insufficiente il valore residuale della garanzia (€194.895,00), considerato che il contratto di mutuo, in ordine all'importo della garanzia ipotecaria, prevede che la stessa debba coprire, oltre al capitale mutuato, tre annualità di interessi corrispettivi e di mora, nonché le spese che la banca dovrebbe sostenere per la conservazione e la realizzazione del proprio credito. In ogni caso, anche a voler riconoscere il diritto della ricorrente alla liberazione di uno o più immobili, la banca non avrebbe l'obbligo di "subire" la scelta fatta dalla debitrice, come sostenuto dal Collegio di Coordinamento nella decisione n. 6137/2014. Parte ricorrente ha depositato delle memorie di replica, nelle quali ribadisce la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 39 TUB e, nello specifico, fa presente che gli immobili su cui permarrebbe l'ipoteca costituirebbero garanzia sufficiente (valore € 241.464,06), giacché il rapporto tra il debito residuo e il valore degli immobili rispetterebbe ampiamente i parametri di legge (il debito residuo è di molto inferiore all'80% del valore dei beni ipotecati, parametro disposto dalla Circolare 229 del 21 aprile 1999, Istruzioni di Vigilanza per le banche). Ritiene, inoltre, irrilevante il mancato puntuale pagamento delle ultime rate del mutuo. Contesta, infine, la richiesta della banca di operare una scelta dell'immobile da liberare, in quanto irragionevole e contraria a buona fede.

DIRITTO

Come desumibile dalla narrativa, il ricorrente chiede la cancellazione dell'ipoteca gravante sull'immobile distinto in catasto al foglio 30, p.lla 27, sub. 116, cat. A/2 e che, pertanto, l'ipoteca venga ristretta, in quanto ampiamente sufficiente, agli altri tre beni immobili.
L'intermediario chiede: in via principale, di rigettare il ricorso, stante l'assenza dei presupposti di legge necessari per concedere la liberazione di uno o più immobili ipotecati, anche in considerazione della situazione di inadempimento al mutuo e di cessata attività della ricorrente; in subordine, in caso di accertamento del diritto della ricorrente ad ottenere la restrizione dell'ipoteca, di astenersi dall'imporre alla banca l'accettazione della proposta della ricorrente, lasciandola libera di proporre una soluzione alternativa che contemperi le opposte esigenze delle parti.
In buona sostanza, il presente ricorso pone al Collegio essenzialmente due questioni:
a) se la liberazione dell'immobile ipotecato corrisponda ad un diritto soggettivo del mutuatario (subordinato alla sussistenza delle condizioni previste *ex lege*), o se – invece – detta liberazione rientra nelle scelte discrezionali ed insindacabili della banca, ai sensi dell'autonomia negoziale ed imprenditoriale di quest'ultima, nonché della valutazione del c.d. "merito creditizio".
Qualora la questione sub a) venga risolta nel primo senso,
b) se, nel caso di specie, sussistevano le condizioni idonee a consentire alla ricorrente di ottenere la liberazione dell'immobile ipotecato, in conformità alla propria richiesta del 17 agosto 2016.

Ritiene questo Collegio, conformandosi all'indirizzo seguito in casi analoghi da parte degli altri Collegi ABF e dal Collegio di Coordinamento (v. Collegio di Roma – decisione n. 3424/2015; Collegio di Napoli – decisione n. 1216/16; Collegio di Coordinamento - decisione n. 6137/14) che alla questione sub a) debba darsi risposta nel primo senso affermando, pertanto, che in capo al mutuatario sia configurabile un vero e proprio diritto soggettivo. In tal senso è sufficiente la piana lettura del dato normativo sul punto (art. 39, comma 5, t.u.b.): "*I debitori, ogni volta che abbiano estinto la quinta parte del debito originario, hanno diritto a una riduzione proporzionale della somma iscritta. Essi hanno inoltre il diritto di ottenere la parziale liberazione di uno o più immobili ipotecati quando, dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi dell'articolo 38*." Il termine "diritto", espressamente impiegato dal legislatore, è di solare chiarezza, e non consente interpretazioni diverse rispetto a quella qui esposta. Esso implica che l'ordinamento attribuisce al mutuatario una situazione soggettiva perfetta rispetto all'ottenimento del bene della vita (i.e., la liberazione dell'immobile ipotecato); in particolare, il conseguimento del risultato non può essere subordinato alle valutazioni discrezionali dell'intermediario mutuante, ma solo alla sussistenza delle condizioni oggettive espressamente indicate dallo stesso legislatore.

A questo punto, il Collegio può passare all'esame della questione sopra riportata sub b), concernente la verifica della sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti prescritti dall' art. 39, comma 5, t.u.b., una disposizione che notoriamente deroga in senso più favorevole al debitore la disciplina codicistica contenuta negli artt. 2872 ss. c.c. Sul punto giova rilevare che, nell'interpretazione seguita dall'Arbitro bancario finanziario, i presupposti indicati dall'art. 39 – l'estinzione della quinta parte del debito originario e la produzione documentale che dimostri la sufficienza della garanzia residua all'esito della riduzione dell'ipoteca – sono collegati da un rapporto di alternatività e che, quindi, il debitore ha diritto alla restrizione della garanzia anche se versa in una sola delle due ipotesi. In tale senso depone univocamente il tenore letterale della norma che fa seguire alla fattispecie dell'estinzione nella misura di un quinto dell'obbligazione di restituzione del mutuo, la diversa ipotesi - della presentazione di idonea documentazione attestante la sufficienza dei beni residui oggetto di ipoteca - attraverso l'avverbio "*inoltre*": il che chiaramente conduce a distinguere le due fattispecie concedendo il diritto di chiedere la restituzione "*in più, per di più*, *in aggiunta al già detto*". A tale elemento esegetico si affianca il dato sistematico: "*l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario deve essere pari all'80% del valore dei beni ipotecati, estinta la quinta parte del debito automaticamente il valore dei beni dati in garanzia supererà – e in maniera consistente – il suddetto limite. Non è invece vero il contrario. Gli è, infatti, che anche non avendo pagato la quinta parte del debito, il valore dei beni dati in garanzia ben potrebbe superare quanto ritenuto sufficiente ai sensi della specifica, peculiare, disciplina di settore (si fa evidente riferimento al secondo comma dell'art. 38, T.U.B., così come integrato dalla delibera CICR)*" (così ABF Collegio di coordinamento nella decisione n. 6137/2014). In definitiva, secondo il Collegio di Coordinamento, l'art. 39, comma 5°, TUB deve essere inteso nel senso che il debitore gravato da ipoteca ha diritto a ottenere la parziale liberazione di uno o più immobili ipotecati quando dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscano una garanzia sufficiente, indipendentemente dall'intervenuta estinzione della quinta parte del debito originario.

Venendo ora all'esame del caso di specie, preliminarmente, si rileva, sulla scorta della documentazione versata in atti, che la società vanta un diritto di superficie sui beni gravati da ipoteca, i quali sono stati costruiti e poi venduti sulla base di una convenzione stipulata tra l'impresa costruttrice ed il Comune di San Severo nel 1991, che prevedeva un prezzo

di prima cessione calmierato (cfr punto 8 della convenzione allegata al ricorso). Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 18135/2015, hanno affermato che il vincolo del "prezzo massimo di cessione" degli immobili costruiti in regime di edilizia agevolata vale non solo per il primo trasferimento (dal costruttore al proprietario) ma anche per tutti i trasferimenti successivi. Unico modo per evitare l'applicazione del prezzo massimo di cessione è rappresentato dalla possibilità di rimuoverlo, con il procedimento amministrativo previsto dall'art. 31 della L. 448/98, al comma 49 bis, mediante il pagamento di un "indennizzo" al concedente (e purché siano decorsi 5 anni dalla prima cessione). Per dimostrare il proprio diritto ad ottenere la restrizione dell'ipoteca, il ricorrente allega una perizia, da cui risulta che il valore di mercato dei tre immobili su cui permarrebbe la garanzia è pari ad € 265.850,00. Da tale cifra andrebbe scomputato il costo degli oneri da versare per trasformare il diritto di superficie in diritto di proprietà, che per i beni considerati viene calcolato in complessivi € 11.535,84 (v. integrazione relazione di stima, allegata al ricorso). Ne deriva che, secondo la perizia di parte ricorrente, il valore di mercato degli immobili ipotecati, escluso il bene che si intende liberare, è pari ad € 254.314,16. Peraltro, la tabella riepilogativa posta in calce alla perizia integrativa riporta un valore complessivo dei quattro immobili pari ad € 241.464,06: si tratta, verosimilmente, del valore calcolato al prezzo massimo imposto dalla convenzione summenzionata. La perizia allegata dall'intermediario, invece, calcola in € 194.895,00 il valore dei tre immobili, precisando che "*il valore indicato è il prezzo di cessione imposto come limite massimo dalla Convenzione Edilizia del 11/05/2006, aggiornata secondo i coefficienti ISTAT, che regola la esecuzione delle opere*" e che il valore in libero mercato sarebbe invece pari ad € 236.000,00. Non è possibile, in assenza di allegazione della richiamata Convenzione edilizia del 2006, verificare quale sia il prezzo massimo di cessione. Si consideri, in ogni caso, che il pagamento dell'indennizzo al Comune renderebbe inoperante il limite, consentendo la vendita degli immobili ai prezzi di mercato. Orbene, alla luce di quanto sopra esposto, considerando i sopra indicati valori indicati nelle perizie di parte, dato per incontroverso che il debito residuo ammonti ad € 119.901,00 (importo rilevato il 17.11.2016 e riferito dall'intermediario) il rapporto tra quest'ultimo e il valore dei tre immobili che resterebbero in garanzia è sempre inferiore all'80%.

Pertanto, se si considera che, nel definire le condizioni di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38 TUB, sia il CICR, con la Delibera del 22 aprile 1995 – Attuazione dell'art. 38, comma 2, del Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico sulle leggi in materia bancaria e creditizia). Credito fondiario, sia la Banca d'Italia, con la Circ. n. 229 del 21 aprile 1999 – Istruzioni di vigilanza per le banche Cfr. Titolo V - Capitolo 1 - Sezione II – Credito Fondiario, hanno fissato il rapporto massimo tra finanziamento e garanzie nell'80% (salva la possibilità di elevare tale soglia fino al 100% in presenza di garanzie integrative), appare evidente che la condizione per accedere alla richiesta restrizione dell'ipoteca ai sensi dell'art. 39 tub possa ritenersi soddisfatta.

Tra l'altro ed in considerazione del fatto che la banca giustifica il diniego della richiesta anche con la circostanza che la società è inadempiente rispetto al pagamento delle rate del mutuo e che la stessa avrebbe cessato la propria attività (circostanza non provata), va rilevato che il mutuo concesso dalla resistente è garantito, oltre che dall'ipoteca, anche da garanzia fideiussoria per € 300.000,00 prestata personalmente dall'amministratore e rappresentante legale della società e dal coniuge in regime di separazione dei beni.

Infine, *ad abundantiam* si rileva che, nel caso di specie, le condizioni di cui all'art. 39 tub sono rispettate anche con riguardo alla sussistenza dell'estinzione della quinta parte del debito.

A questo punto, considerato accertato il diritto del ricorrente ad ottenere la restrizione dell'ipoteca, occorre esaminare la domanda avanzata in via subordinata dall'intermediario,

che ha chiesto a questo Collegio di astenersi dall'imporre alla banca l'accettazione della proposta della ricorrente, lasciandola libera di proporre una soluzione alternativa che contemperi le opposte esigenze delle parti. Sul punto giova richiamare quanto statuito dal Collegio di Coordinamento nella sopra richiamata decisione n. 6137/2014, nella quale dopo aver affermato ai sensi dell'art. 39, comma 5, tub che il debitore gravato da ipoteca ha diritto a ottenere la parziale liberazione di uno o più immobili ipotecati quando dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscano una garanzia sufficiente, indipendentemente dall'intervenuta estinzione della quinta parte del debito originario, viene specificato quanto segue: "*Ciò tuttavia non comporta che il creditore debba subire la scelta degli immobili da liberare proposta dal debitore, essendo piuttosto vero il contrario. In realtà infatti se è indubbio che l'iniziativa di proporre la restrizione dell'iscrizione ad uno più beni tra quelli originariamente ipotecati non può che essere assunta dal debitore, nel cui interesse la possibilità di restrizione come quella di riduzione è disposta; diviene altrettanto indubbio che tale proposta deve essere specifica e pertanto contenere l'indicazione degli immobili da liberare, a meno che il debitore proponente non ne rimetta la scelta al creditore oblato. Trattandosi dunque di proposta volta a concludere un accordo modificativo del rapporto in essere, soggetta alla regola generale di cui all'art. 1337c.c., si deve ritenere che da un lato il debitore proponente non possa esercitare il proprio diritto alla restrizione in contrasto con la buona fede, e dall'altro lato che il creditore oblato non possa rifiutare irragionevolmente l'individuazione dei beni da liberare proposta dal debitore, fatta salva la possibilità di controproporre una individuazione alternativa che sia idonea a salvaguardare il valore della garanzia senza annichilire il diritto del debitore ipotecato alla restrizione quando ne ricorrono i presupposti. In questo senso il principio di buona fede integra opportunamente il meccanismo negoziale previsto per procedere alla restrizione delle ipoteche, tenuto conto che nel caso si deve necessariamente far riferimento a valori di stima, i quali, per comune esperienza, presentano sempre un qualche grado di opinabilità".*

Orbene, in virtù del su richiamato principio, rilevato che non è stata dimostrata in atti la fungibilità dei beni residui, che dovrebbero continuare ad essere gravati da ipoteca e fermo restando il diritto del ricorrente ad ottenere la restrizione ipotecaria, questo Collegio ritiene che, al fine di garantire la tutela del creditore, che non può vedersi costretto a subire la scelta del debitore circa il bene immobile da liberare, vada riconosciuta all'intermediario la facoltà di proporre una soluzione alternativa che contemperi le opposte esigenze delle parti.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso nei sensi di cui in motivazione.
Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00 quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente la somma di € 20,00 quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
BRUNO DE CAROLIS