

COLLEGIO DI PALERMO

composto dai signori:

(PA) MAUGERI	Presidente
(PA) MIRONE	Membro designato dalla Banca d'Italia
(PA) NATOLI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(PA) PERRINO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(PA) VASCELLARO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore ESTERNI - ROBERTO NATOLI

Seduta del 17/02/2022

FATTO

- 1.- Dopo aver esperito vano reclamo, la ricorrente si è rivolta all'Arbitro deducendo di essere intervenuta, il 21/10/2014, in proprio e nella qualità di procuratrice generale della madre, come terza datrice di ipoteca nell'atto di mutuo ipotecario stipulato da un terzo con una banca (nel cui rapporto giuridico è oggi subentrato l'intermediario resistente), per un importo di € 400.000,00 e una durata di anni 15.
- 2.- A garanzia della restituzione del capitale mutuato, veniva costituita ipoteca per € 800.000,00 su diversi immobili, tra cui la bottega all'epoca di proprietà della sig.ra S** E** che, a seguito del decesso di costei, perveniva in successione in sua proprietà.
- 3.- Anche in conseguenza del Covid, tale immobile, negli ultimi anni, non aveva prodotto il reddito auspicato. Il conduttore era infatti stato moroso e, in conseguenza delle misure emergenziali apprestate dal legislatore italiano, non era stato possibile sfrattarlo. Tutto ciò aveva indotto la ricorrente a valutare la possibilità di venderlo e, pertanto, aveva chiesto alla banca la restrizione dell'ipoteca, sì da poterlo cedere libero da gravami.
- 4.- La richiesta era stata rivolta con più p.e.c., inviate tra il 18/5/2021 ed il 14/6/2021, con le quali era stato chiesto anche di conoscere il valore attribuito agli altri immobili concessi in ipoteca a garanzia della restituzione della somma mutuata.
- 5.- Tuttavia, soltanto il 28/6/2021 l'intermediario riscontrava negativamente la richiesta, senza addurre nell'immediato alcuna motivazione. La motivazione veniva resa soltanto il successivo 5/7/2021, facendo riferimento alla necessità che la richiesta di restrizione



provenisse direttamente dal debitore principale e all'ulteriore necessità che anche gli altri terzi datori d'ipoteca prestassero il loro consenso. Nel riscontro la banca manifestava comunque la propria disponibilità alla cancellazione a fronte di un congruo versamento a riduzione del debito residuo, asseritamente finalizzato a non peggiorare il c.d. *loan to value LtV*).

6.- La ricorrente riscontrava a sua volta la comunicazione della banca con p.e.c. del 7/7/2021, con la quale chiedeva copia della delibera di rigetto e raggugli circa l'ammontare del debito residuo e il valore attribuito agli altri beni ipotecati.

7.- Tale richiesta veniva respinta dall'intermediario con p.e.c. del 23/7/2021.

8.- La ricorrente reiterava la richiesta con ulteriore p.e.c., inviata il dì 1/9/2021, ma anche tale nuova richiesta veniva respinta dall'intermediario, con p.e.c. del giorno successivo, sempre priva delle informazioni richieste.

9.- Tanto premesso, la ricorrente ha chiesto all'Arbitro:

- i) di ordinare alla banca di restringere la garanzia che assiste il mutuo, cancellando l'ipoteca che ha concesso in qualità di terza datrice;
- ii) di chiarire le modalità e la necessità dell'acquisizione della fideiussione omnibus;
- iii) di conoscere lo stato delle attuali ulteriori esposizioni debitorie del debitore garantito;
- iv) di ricevere copia delle perizie effettuate dalla banca al momento della concessione del mutuo;

v) di censurare il comportamento della banca per non aver ottemperato agli obblighi di trasparenza e informazione;

vi) di sollevare il garante da ogni responsabilità per le eventuali modifiche al rapporto contrattuale in essere tra la banca e il debitore garantito.

10.- L'intermediario ha depositato rituali controdeduzioni.

11.- Non ha contestato che la ricorrente sia intervenuta nell'atto di mutuo rogato il 21/10/2014, quale terza datrice di ipoteca, sia in nome proprio, sia come procuratrice generale della sig.ra S*** E**.

12.- Ha documentato che, il successivo 25/7/2016, la ricorrente ha rilasciato una fideiussione omnibus, fino alla concorrenza dell'importo di € 891.000,00, con la quale ha garantito le obbligazioni dipendenti da operazioni bancarie di qualunque titolo già in essere e consentite o che avrebbe contratto il mutuatario nei confronti della banca.

13.- Ha allegato di aver inoltrato periodicamente, nel corso del rapporto, alla ricorrente i documenti mensili di "Rendiconto Garanzie rilasciate a favore della banca", tramite i quali sono riepilogate tutte le informazioni rilevanti sull'andamento delle garanzie fideiussorie rilasciate a favore della banca, con l'indicazione dell'esposizione del debitore principale garantita aggiornata alla data della relativa comunicazione. A supporto dell'allegazione ha prodotto, però, solo i rendiconti a partire dal 31/1/2020 in poi.

14.- Ha documentato che, dopo aver ricevuto la comunicazione di recesso della garante, ha trasmesso la propria comunicazione di conferma e di presa d'atto del recesso dagli impegni fideiussori, precisando tuttavia, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 4 della garanzia rilasciata, che la garante sarebbe rimasta obbligata nei confronti della banca per l'importo di euro 402.989,00, dovuto alla data del 23/11/2020.

15.- Non ha contestato di aver riscontrato, con p.e.c. del 5/7/2021, la richiesta della cliente di restrizione ipotecaria, adducendo con le seguenti motivazioni:

"da valutarsi eventualmente, previa acquisizione della richiesta del debitore principale (...) con benestare degli altri datori d'ipoteca proprietari degli immobili posti a garanzia del mutuo, a fronte di un congruo versamento a riduzione del mutuo in modo da non peggiorare l'attuale ltv (rapporto debito/immobili in garanzia)".

16.- Tanto premesso, ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva in capo alla parte ricorrente, considerato che costei non è la



debitrice principale del contratto di mutuo ipotecario nel quale è intervenuta come terza datrice di ipoteca.

Nel merito, invece, ha dedotto:

- i) che la domanda di cancellazione dell'ipoteca proposta della ricorrente non è fondata, poiché il diritto previsto dall'art. 39, c. 5, TUB, compete unicamente al mutuatario, come sarebbe stato affermato anche dal Collegio di Coordinamento nella decisione n. 6137 del 19/9/2014, nella quale il Collegio avrebbe altresì ritenuto che l'art. 39, c. 5, TUB, debba essere inteso nel senso che il debitore gravato da ipoteca abbia diritto a ottenere la parziale liberazione di uno o più immobili ipotecati quando dai documenti prodotti 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;
- iii) che la domanda volta a chiarire le condizioni e le modalità di prestazione della fideiussione omnibus non è fondata, poiché la ricorrente costei ha acconsentito liberamente al rilascio della garanzia, richiesta dalla banca in ragione di una propria insindacabile valutazione di merito del credito, di opportunità commerciale e nell'ambito della propria libertà contrattuale;
- iv) che la richiesta di parte ricorrente di conoscere le esposizioni debitorie del debitore garantito è sintomatica della pretestuosità delle contestazioni sollevate nel presente ricorso, atteso che ogni mese a partire dal rilascio della fideiussione sono state inoltrate alla ricorrente i documenti relativi alla rendicontazione delle garanzie rilasciate con l'indicazione di quanto richiesto;
- v) che nessun diritto vanta la ricorrente di ricevere copia delle "perizie effettuate dalla banca al momento della concessione del mutuo", poiché si tratta di documenti interni della banca non ostensibili, a maggior ragione se relativi agli immobili ipotecati di proprietà di terzi;
- vi) di aver, per conseguenza, tenuto una condotta nei confronti della clientela trasparente e corretta.

DIRITTO

I.- Sulla prima domanda proposta dalla ricorrente, di cancellazione dell'ipoteca concessa in qualità di terza datrice a garanzia del debito restitutorio nascente dal contratto di mutuo del 21/10/2014, il Collegio rileva che, dal contratto in atti, risulta che la ricorrente è intervenuta quale terza datrice di ipoteca, in proprio e n.q. di procuratrice generale della sig.ra E.S.

Nessun pregio ha dunque l'eccezione preliminare formulata dalla banca, considerato che, già al momento della dazione dell'immobile in ipoteca la ricorrente ne era (com)proprietaria e che, comunque, la banca non ha contestato – sicché la circostanza può in ogni caso darsi per provata ex art. 115 c.p.c. – che la restante quota dell'immobile concesso in ipoteca sia pervenuto alla ricorrente in via ereditaria.

Nel merito, si rileva che nel diritto comune, in caso di ipoteca volontaria, il diritto alla riduzione proporzionale della somma per la quale è stata presa l'iscrizione ipotecaria sorge se il debito garantito si è ridotto almeno del quinto (art. 2873, c. 2, c.c.). Non si ha invece ha diritto alla restrizione dei beni ipotecati, ovverosia all'estinzione dell'ipoteca su taluni beni originariamente offerti in garanzia volontaria (e alla conseguente limitazione dell'oggetto dell'ipoteca), neppure se il debito residuo si è ridotto e il valore complessivo dei beni ipotecati sia ormai sproporzionato.

Rispetto a questo sistema, il TUB conferma la regola del codice civile quanto al diritto alla riduzione dell'ipoteca in caso di pagamenti parziali che abbattano almeno del quinto



l'entità del debito ma detta, però, una regola di maggior favore per il debitore rispetto al diritto comune, consentendogli la restrizione dell'ipoteca anche per le ipoteche volontarie, purché *«dai documenti prodotti o da perizie, risulti che le somme ancora dovute per i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi dell'art. 38»*.

È dunque questa la disposizione da esaminare per valutare la legittimità della richiesta di cancellazione ipotecaria della ricorrente.

Consideratane la non perspicua formulazione letterale, si discute se per il diritto alla restrizione basti il solo requisito del valore comunque sufficiente, ex art. 38 T.U.B., delle garanzie rimanenti, ovvero occorra anche l'ulteriore requisito dell'abbattimento del debito residuo almeno di un quinto.

In un primo momento anche i collegi territoriali si sono divisi.

A un indirizzo di maggior favore per la clientela, orientato a richiedere al debitore soltanto la prova che il valore delle garanzie rimanenti fosse comunque sufficiente a mantenere il rapporto credito/garanzia nei binari tracciati dalla Banca d'Italia ex art. 38 TUB, si contrapponeva infatti un indirizzo più rigoroso, orientato a richiedere anche la prova dell'abbattimento oltre la quinta parte del debito residuo quale requisito cumulativo per accordare il diritto alla restrizione.

La difformità di indirizzi è stata però composta dal Collegio di coordinamento, il quale, con una densa pronuncia, ha optato per la soluzione di maggior favore per la clientela bancaria sulla base di una pluralità di convergenti argomenti.

Il Coordinamento ha, in primo luogo, valorizzato il dato letterale e, in particolare, l'avverbio *“inoltre”* che, separando la prima dalla seconda parte dell'art. 39, comma 5, TUB, lascia intendere che le due ipotesi siano diverse e non collegate tra loro, sì da non poter predicare, anche per la seconda (i.e.: restrizione), la necessità di un presupposto richiesto, invece, soltanto per la prima (i.e.: riduzione); in secondo luogo, osservato che l'interpretazione condotta a partire dal dato letterale trova conferma anche sotto il profilo sistematico, poiché la riduzione del debito residuo in misura superiore alla quinta parte determina, di per sé, la modifica in senso più favorevole al creditore del rapporto debito/garanzia, sì che pretendere anche questo requisito svuoterebbe di significato normativo la seconda parte della disposizione.

Per riprendere le parole del Collegio di coordinamento, che questo Collegio territoriale intende far proprie: *«se ai sensi dell'art. 38, comma 2, T.U.B. (così come poi integrato dalla delibera CICR), 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). Ma vi è di più. Anche non avendo cominciato a rimborsare nulla i beni in garanzia ben potrebbero aumentare di valore e in maniera considerevole allora non giustificando la loro integrale messa in garanzia (si pensi, in via meramente esemplificativa, alla modifica della destinazione economica di un terreno da agricolo a edificabile)»*.

Tanto premesso, il Collegio rileva che, nella vicenda oggetto di giudizio, la banca non ha contestato la mancata riduzione oltre il quinto del debito garantito dall'iscrizione ipotecaria di cui la ricorrente chiede la cancellazione.

Nessun dubbio può dunque sorgere in ordine alla sussistenza del requisito richiesto dall'art. 39, c. 5, TUB, secondo l'interpretazione sopra prospettata.

La banca ha, invece, contestato l'astratta legittimazione del terzo datore di ipoteca a chiedere la cancellazione prevista dalla disposizione appena evocata.



Il Collegio, però, ritiene che nulla osti a tale legittimazione.

Proprio il terzo, invero, ha particolare interesse a liberare, in presenza dei requisiti di legge, l'immobile dalla garanzia che assiste debiti altrui.

In quest'ottica, le conseguenze della tesi della banca appaiono davvero paradossali: se legittimato fosse solo il debitore principale, ne seguirebbe infatti che costui potrebbe liberare il proprio immobile, gravando invece i terzi di una persistente garanzia per debiti altrui e ottenendo così un arricchimento ingiustificato in termini di ridotti vincoli sul proprio patrimonio. Nel sistema delle garanzie, il peso dell'obbligazione deve comunque gravare sul debitore garantito (cfr., ad es., l'art. 1953 c.c.), sicché nessuno spazio può accordarsi a soluzioni interpretative che privilegino le esigenze del debitore garantito rispetto a quelle del terzo garante (in qualità di fideiussore, datore di pegno o datore di ipoteca).

Quanto osservato in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 39, c. 5, TUB consente di superare agevolmente anche l'altra obiezione della banca, relativa alla mancata dimostrazione, in caso di liberazione dell'immobile, del perdurante rapporto di LtV.

Si tratta di una difesa che si scontra, anzitutto, col rilievo che, nel caso in esame, la ricorrente ha fatto tutto ciò che poteva, poiché ha chiesto alla banca di trasmettere le perizie effettuate sugli altri immobili, ovviamente non in suo possesso. Al contrario, la banca ha opposto un rifiuto a tale legittima richiesta, così contravvenendo al principio processuale di vicinanza della prova.

Non è poi privo di rilievo – poiché sintomatico del complessivo atteggiamento di poca correttezza tenuto nei confronti della clientela – il fatto che la banca non abbia affermato in termini assoluti il diniego alla cancellazione dell'ipoteca, ma abbia aperto uno spiraglio a tale possibile in caso di "*congruo versamento a riduzione del mutuo*", così subordinando (in modo peraltro contraddittorio rispetto alle precedenti difese in diritto) a una condotta ulteriore e per nulla dovuta da parte del cliente.

L'insieme di queste ragioni (e, in ogni caso, l'assorbente rilievo che non è stato oggetto di contestazione l'abbattimento oltre il quinto dell'entità del debito garantito) dimostra che la pretesa della ricorrente è fondata.

L'intermediario, pertanto, è tenuto alla restrizione ipotecaria nei termini di cui in motivazione.

* * *

II.- Sulla seconda domanda proposta dalla ricorrente, di chiarire le modalità e la necessità dell'acquisizione della fideiussione omnibus, il Collegio rileva che la garanzia in discorso è stata rilasciata spontaneamente dalla ricorrente e che, dagli atti, non emerge alcunché che faccia dubitare della libera volontà del garante. La fideiussione, dal punto di vista contenutistico, rispetta le condizioni previste dalla legge, perché indica sia i rapporti garantiti, sia l'importo massimo garantito. La domanda, di sapore peraltro genericamente consulenziale, non può dunque trovare accoglimento.

* * *

III.- Sulla terza domanda proposta dalla ricorrente, di conoscere lo stato delle attuali ulteriori esposizioni debitorie del debitore garantito, il Collegio rileva che, a partire dal 31/1/2020, la banca ha dato prova di aver adempiuto all'obbligo di comunicazione periodica, producendo i rendiconti mensili delle garanzie rilasciate, dai quali si evince l'andamento dell'esposizione debitoria del debitore garantito. La domanda è dunque infondata.

* * *

IV.- La quarta domanda proposta dalla ricorrente, di ricevere copia delle perizie effettuate dalla banca al momento della concessione del mutuo, in quanto evidentemente



strumentale, è assorbita nell'accoglimento della domanda di cancellazione dell'ipoteca concessa in qualità di terza datrice.

* * *

V.- La quinta domanda proposta dalla ricorrente, di censurare il comportamento della banca per non aver ottemperato agli obblighi di trasparenza e informazione, è accolta nei termini di cui al punto I, ove il Collegio ha già rilevato non solo il difetto di trasparenza che ha connotato l'agire della banca nella vicenda oggetto di giudizio, ma anche la scorrettezza insita nel subordinare la cancellazione dell'ipoteca all'indebita richiesta di un "*congruo versamento a riduzione del mutuo*".

* * *

VI.- La sesta domanda proposta dalla ricorrente, di sollevare il garante da ogni responsabilità per le eventuali modifiche al rapporto contrattuale in essere tra la banca e il debitore garantito, non merita invece accoglimento, poiché, oltre ad avere sapore genericamente consulenziale, fuoriesce comunque dall'ambito delle tutele accordate dal legislatore al fideiussore omnibus, che fondamentalmente si compendiano, dopo la riforma dell'art. 1938 operata dall'art. 10 della l. 154/1992, nell'obbligo – rispettato dalla banca – di indicare l'importo massimo garantito.

PER QUESTI MOTIVI

In parziale accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'intermediario tenuto alla restrizione ipotecaria nei termini 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
MARIA ROSARIA MAUGERI