

www.expartecreditoris.it

**TRIBUNALE DI NAPOLI
II SEZIONE CIVILE**

Il Giudice Dott. Diego Ragozini,

letti gli atti del procedimento ex art. 700 c.p.c. iscritto al numero omissis.17, R.G.A.C. vertente

SOCIETÀ MUTUATARIA

TRA

- ricorrente -

E

BANCA

- resistente -

sciogliendo la riserva assunta in data 24.02.17, osserva.

Con ricorso regolarmente notificato alla controparte, il ricorrente in epigrafe, chiedeva disporsi la riduzione e restrizione dell'ipoteca concessa in favore della banca resistente sui propri beni immobili.

ALLEGAVA IN FATTO E DIRITTO QUANTO SEGUE:

In data 19.10.2007 la BANCA (successivamente omissis.), giusta contratto rogitato in pari data, a Napoli, dal Notaio omissis, Rep. omissis, Racc. omissis, concedeva alla SOCIETÀ MUTUATARIA un mutuo fondiario di € 9.800.000,00 (novemilioniottocentomila/00), al fine di acquistare un'area edificabile nel comune di Giugliano in Campania (NA), e finanziare la relativa costruzione del relativo complesso residenziale.

A garanzia del sopra citato finanziamento l'attrice costituiva in favore della BANCA, ipoteca di primo grado sino alla concorrenza di € 9.800.000,00 (novemilioniottocentomila/00), per capitale, oltre ad € 4.900.000,00 per interessi contrattuali, interessi eventuali di mora, oneri di estinzione e spese giudiziali e stragiudiziali, tasse, accessori etc., per un totale di € 14700.000,00 (quattordicimilionesettecentomila/00), sopra "gli immobili appresso descritti e su tutte le pertinenze, adiacenze, accessori, ampliamenti e comunque tutto quanto ritenuto gravabile ai sensi della legge e vi si anche in seguito introdotto o incluso, nulla eccettuato...": *Fabbricato in corso di costruzione sul terreno sito in Giugliano in Campania località Pigna o Masseria Pigna, OMISSIS*.

La società attrice si obbligava a rimborsare la somma finanziata in un'unica soluzione, solo in linea capitale, per l'01.10.2010, e a corrispondere per la prima volta dal 01.01.2008 e successivamente al termine di ogni trimestre sino all'1.10.2010, gli interessi calcolati secondo il disposto dell'art. 3 del contratto;

Con accordo modificativo del 13.04.2012, la BANCA, a cui è subentrata la BANCA, su richiesta della parte finanziata, prorogava la scadenza del contratto dal 01.10.2011 al 30.04.2013, stabilendo che il debito residuo, in linea capitale, all'ora ammontante ad € 3.089.894,79, venisse restituito in un'unica rata il 30.04.2013.

Con comunicazioni dell'08.01.2013 e del 21.03.2013, la società istante formulava alla BANCA apposita istanza volta ad ottenere una proroga di 12 mesi, dunque sino al 30.4.2014, per la

Ordinanza, Tribunale di Napoli, Dott. Diego Ragozini, 27 febbraio 2017

restituzione della somma residua di €. 2.703.731,00; istanza ribadita, altresì, con ulteriore comunicazione del 15.05.2013.

A tali comunicazioni, tuttavia, non faceva seguito alcun riscontro della BANCA, se non la comunicazione di avvenuta risoluzione contrattuale, del 21.6.2013, cui faceva seguito la comunicazione del 03.07.2013 mediante la quale l'Istituto di credito comunicava all'attrice la segnalazione alla Centrale Rischi dei nominativi della società medesima e dei sigg.ri omissis.

Con ulteriore comunicazione del 3 e del 4 luglio 2013 inoltrata alla BANCA, a mezzo fax e racc.ta a/r, la società attrice intimava, ulteriormente, alla convenuta, di concedere una proroga del finanziamento, stante l'illegittimo rifiuto da parte della BANCA, e di provvedere all'immediata cancellazione della illegittima segnalazione in centrale rischi della SOCIETÀ MUTUATARIA.

Successivamente, tra le parti intercorreva una fitta corrispondenza: in particolare con comunicazione inoltrata a mezzo mail del 16.10.2013, l'Avv. omissis, nell'interesse della SOCIETÀ MUTUATARIA, chiedeva all'istituto bancario di ridurre il capitale in ammortamento ad €. 2.300.000,00; di provvedere all'immediata cancellazione della società dalla Centrale rischi;

di provvedere al necessario frazionamento immediato dell'ipoteca gravante sugli immobili insistenti sull'originario fondo per renderli agevolmente alienabili;

di rimodulare l'ammortamento dell'importo in un arco temporale di 20 anni, con tasso agevolato.

Nel corso del tempo e delle varie comunicazioni, la BANCA ha manifestamente negato la concessione di un piano di frazionamento, normativamente previsto, nonché la riduzione dell'originaria ipoteca sugli immobili di proprietà della società istante, nonostante la SOCIETÀ MUTUATARIA abbia provveduto al pagamento di un ammontare di gran lunga maggiore alla quinta parte dell'originario finanziamento.

A fronte di tale continuo comportamento omissivo posto in essere dalla Banca l'istante provvedeva ad incaricare l'Ing. omissis, che redigeva apposita perizia tecnica (Doc. 27) con cui:

- si accertava il valore complessivo degli immobili (cfr All. A della relazione), pari ad €. 9.739.600,00;

- veniva formulato una proposta di restrizione, individuando gli immobili da svicolare e quelli sui quali mantenere la garanzia ipotecaria, con la previsione di un dettagliato piano di frazionamento che prevede la ripartizione del residuo mutuo, esclusivamente sugli immobili di cui all'Allegato B, il cui valore di mercato ammonta complessivamente ad €. 4.508.700,00, indicando, altresì, l'incidenza dello stesso mutuo su ciascun immobile;

-la menzionata relazione peritale veniva allegata alla comunicazione inoltrata a mezzo pec in data 7.11.2016, a mezzo della quale ancora una volta si diffidava la Banca ad ottemperare a quanto dalla stessa imposto dal testo unico bancario; tuttavia, ad oggi, tale comunicazione è rimasta priva di alcun riscontro;

Ciò nonostante, ad ulteriore conferma della buona fede dell'attrice nell'esecuzione contrattuale, la SOCIETÀ MUTUATARIA, in data 9.12.2016 provvedeva al pagamento della rata con scadenza all'8.12.2016, prorogata al 9 dicembre, della somma di €. 75.722,88, giusta ricevuta di pagamento versata in atti sicché ad oggi l'importo del credito residuo per sorta capitale ammonta ad € 2.324.277,12 (2.400.000,00-75.722,88);

Stante il totale e reiterato comportamento omissivo della BANCA, con nota del 04.01.2017 la società attrice, ancora una volta diffidava la convenuta alla riduzione e alla restrizione

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

dell'iscrizione ipotecaria come sopra meglio indicata, e al conseguente piano di frazionamento, dichiarandosi, altresì, disposta ad accollarsi le spese necessarie.

Con l'avvertimento che, in caso contrario si sarebbe avvalsa, come in effetti si avvaleva dell'eccezione ex art. 1460 c.c., in vista della successiva rata di pagamento, in scadenza all'08.06.2017.

Inaudita altera parte, veniva emesso decreto con cui si condannava la banca, alla riduzione dell'ipoteca, ed instaurato il contraddittorio, la Banca resistente, contestava in rito l'ammissibilità del procedimento cautelare, ed il merito della pretesa.

In limine, deve essere esaminata la questione preliminare in rito dell'ammissibilità del rimedio esperito per l'ottenimento della riduzione e restrizione dell'ipoteca di cui è causa.

È noto che il legislatore introduce la riduzione e restrizione dell'ipoteca come il rimedio che l'ordinamento attribuisce al proprietario del bene per contenere gli abusi eventualmente compiuti dal creditore il quale, pur effettivamente titolare di un diritto all'ipoteca, ne realizzi il vincolo o su un complesso sovrabbondante di beni o per una somma esageratamente maggiore rispetto al diritto cautelando: nel primo caso assumendo il lessico adottato dall'art. 2872 c.c., si suol parlare anche di restrizione del vincolo ipotecario, nel secondo si discorre di riduzione in senso specifico.

La prevalente dottrina considera la riduzione una parziale estinzione dell'ipoteca iscritta, tuttavia altri autori respingono tale qualificazione, e nella riduzione ravvisano soltanto un procedimento di rettifica di alcuni elementi dell'ipoteca.

È discusso, sia in dottrina che in giurisprudenza, se sia ammissibile l'esperibilità della tutela cautelare per ottenere la cancellazione dell'ipoteca giudiziale ovvero la restrizione del vincolo su alcuni beni soltanto ovvero ancora la riduzione dell'importo della stessa.

Le norme richiamate lasciano intendere che la posizione soggettiva di pretesa alla riduzione, nonché alla cancellazione, sia tutelabile giudizialmente.

Tuttavia in mancanza di uno strumento tipico cautelare, idoneo a costituire titolo per la cancellazione dell'ipoteca esorbitante ovvero per la rettificazione dell'importo eccessivo, occorre esaminare la compatibilità dei profili generali dei provvedimenti di urgenza con le caratteristiche dell'ipoteca e delle sue modificazioni.

La funzione dei provvedimenti d'urgenza è munire di tutela sommaria urgente tutti i diritti, purché oltre il requisito generalissimo del *fumus boni iuris*, il titolare abbia il fondato motivo di temere che il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile nelle more della tutela ordinaria.

Consequenziale a questa doppia atipicità – sia per quanto riguarda il diritto sia per ciò che concerne il *periculum in mora* – è la atipicità anche del contenuto del provvedimento d'urgenza, contenuto che è individuato dal legislatore con la sola previsione dell'idoneità ad assicurare gli effetti della futura decisione di merito.

Il provvedimento d'urgenza assolve altresì una funzione complementare rispetto ai provvedimenti tipici. Esso tendenzialmente copre un'area di tutela che questi lasciano scoperta, da cui deriva la sua caratteristica residuale e complementare che viene definita come sussidiarietà.

Il giudice può pronunciare provvedimenti di contenuto non predeterminato dalla legge, col solo duplice limite che da un lato l'esigenza alla quale soccorrono non sia già conseguibile con altra misura cautelare tipica e che, dall'altro lato, il provvedimento appaia idoneo ad assicurare

provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito quale decisione sul merito costituisce, d'altra parte, il limite per il contenuto del provvedimento d'urgenza sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo. Il provvedimento d'urgenza infatti, non può attribuire alle parti beni che esse non potrebbero conseguire per effetto della sentenza.

Dopo questo breve esame dei caratteri del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. possiamo ora ad analizzare la questione relativa all'ammissibilità della cancellazione in via d'urgenza di ipoteca giudiziale per poi affrontare quella relativa alla riduzione.

I sostenitori della tesi dell'inammissibilità, rappresentano che la natura strumentale e provvisoria del procedimento ex art. 700 c.p.c. mal si adatterebbe alla definitività ed immutabilità richiesta dall'art. 2884 c.c. per la cancellazione dell'ipoteca, che esige invece, una decisione dotata del massimo dell'intangibilità - ossia una statuizione giurisdizionale passata in giudicato o, comunque, dotata di definitività.

L'orientamento maggioritario che nega l'ammissibilità della cancellazione di ipoteca in via d'urgenza introduce diversi ordini di motivazioni di carattere pratico e teorico.

Alla liberazione per il debitore del vincolo sulla cosa fa da contraltare la perdita definitiva ed irrevocabile per il creditore non solo del privilegio, ma di ogni possibilità di riviviscenza della garanzia medesima avente pari forza.

È chiaro, infatti, che una nuova iscrizione ipotecaria non potrà mai restituire al creditore stesso il medesimo grado della cancellata iscrizione.

Si sostiene che, è necessario che essi - ove ne ricorrano i presupposti - siano determinati al termine di un giudizio che assicuri alle parti il massimo livello di verifica ed indagine, ossia solo un ordinario giudizio di cognizione.

Osserva chi sostiene la tesi dell'inammissibilità che, ritenere ammissibile la tutela cautelare, facendo leva sull'esistenza di un *vulnus* di tutela nella fase del pregiudizio imminente, permetterebbe che la produzione di così importanti effetti, non più modificabili, possa discendere anche da un semplice provvedimento cautelare, con gravi conseguenze per il creditore.

Si evidenzia, infatti, che laddove la successiva pronuncia definitiva di merito dovesse ritenere insussistente il diritto, per cui era stata chiesta la misura cautelare, non sarebbe più possibile eliminare senza conseguenze l'effetto del provvedimento cautelare (cancellazione di ipoteca), poiché ogni nuova iscrizione successiva comporterebbe per il creditore la perdita del grado da esso acquisito con l'originaria iscrizione.

Inoltre una volta verificatosi tale effetto, nemmeno il generale meccanismo risarcitorio sarebbe idoneo a ripristinare l'eventuale lesione patrimoniale che subisce il creditore in seguito alla cancellazione di ipoteca.

Altro ostacolo all'ammissibilità, oltre che le pregresse considerazioni, derivano dalla natura del provvedimento cautelare, che non sarebbe peraltro possibile qualificare come definitivo.

Pertanto, il dato legislativo esige per l'esecuzione della cancellazione dell'iscrizione ipotecaria e della trascrizione della domanda giudiziale che l'ordine sia impartito con sentenza passata in giudicato ai sensi degli artt. 2884 e 2668, comma 1, c.c.

E ciò, per la semplice ragione che la provvisorietà e temporaneità, tipiche dei provvedimenti d'urgenza anche dopo la riforma del 2005, non si conciliano con il carattere definitivo - quanto

Ordinanza, Tribunale di Napoli, Dott. Diego Ragozini, 27 febbraio 2017

all'accertamento del diritto in contestazione – richiesto per poter procedere alla cancellazione d'ipoteca ai sensi dell'art. 2884 c.c.

A tutte le osservazioni già esposte si aggiungano, poi, ulteriori profili di criticità emergenti altresì dalla maggior ampiezza dei risultati giuridici conseguibili con la tutela cautelare rispetto a quelli realizzabili con la sentenza di merito, alla luce della immediata efficacia del provvedimento cautelare rispetto al rinvio al passaggio in giudicato del provvedimento di merito.

Il ricorso d'urgenza infatti, è diretto ad ottenere la condanna del creditore ad un *facere* che è sicuramente infungibile.

Più precisamente, si richiede al giudice di ordinare ad un soggetto di prestare il proprio consenso alla cancellazione/riduzione delle iscrizioni ipotecarie.

A tal riguardo, è bene sottolineare che, quantunque il contenuto dei provvedimenti d'urgenza possa essere il più vario, non appare lecito perseguire surrettiziamente per questa via un risultato maggiore di quello che potrebbe ottenersi dal processo di cognizione piena e comunque estraneo ai possibili esiti di quest'ultimo.

È questo precisamente un *facere* che non può ammissibilmente costituire l'oggetto di un ordine giudiziale a contenuto condannatorio.

E ciò, poiché la correlazione necessaria esistente nel nostro sistema tra condanna ed esecuzione forzata fa sì che – al di fuori delle ipotesi espressamente ed eccezionalmente previste – non possano formare oggetto di statuizioni condannatorie quegli obblighi di fare o di non fare per i quali non è possibile ottenere l'attuazione coattiva dell'obbligo con le procedure esecutive tipiche previste dal Libro III del c.p.c.

Né si obietti che l'attuazione di un siffatto *facere* infungibile potrebbe essere garantita mediante il ricorso alla misura coercitiva penalistica di cui all'art. 650 c.p..

Infatti, eccettuati i casi in cui il legislatore del processo civile fa espresso e specifico riferimento a siffatta sanzione, da tempo si è chiarito che “giurisprudenza e dottrina riferiscono l'espressione provvedimenti dell'autorità legalmente dati per ragioni di giustizia in primis a provvedimenti di natura amministrativa, eventualmente anche giurisdizionali, purché però diversi dai provvedimenti emessi dal giudice in sede civile, dal momento che le ragioni di giustizia vanno identificate comunque con la tutela di un interesse pubblico”.

Un'identica conclusione s'impone quand'anche si instasse affinché l'ordine giudiziale di cancellazione o riduzione fosse impartito (anziché al creditore che ha proceduto all'iscrizione) al Conservatore dei registri immobiliari.

Ed infatti, il Conservatore ha l'obbligo di provvedere alla cancellazione o alla riduzione dell'ipoteca solo in presenza di una sentenza passata in giudicato ai sensi dell'art. 2884 c.c.

Pertanto, tale soggetto ben potrebbe legittimamente rifiutarsi di procedere alla cancellazione/riduzione in virtù di un provvedimento cautelare temporaneo e provvisorio.

Medesime considerazioni, possono essere espresse per l'ammissibilità di una riduzione d'urgenza di ipoteca.

Gli effetti della riduzione di ipoteca non sono molto dissimili da quelli che si verificano per l'ipotesi di cancellazione d'ipoteca più sopra esaminati.

Ordinanza, Tribunale di Napoli, Dott. Diego Ragozini, 27 febbraio 2017

E ciò, in ragione del fatto che – secondo l'assolutamente prevalente e migliore dottrina– la riduzione ipotecaria, costituisce una forma di cancellazione vera e propria anche se parziale dell'ipoteca.

Essa, pertanto, deve essere assoggettata in via di interpretazione estensiva o analogica alla disposizione – e, così, al principio – di cui all'art. 2884 c.c.: anche per l'esecuzione della riduzione-cancellazione occorre una sentenza passata in giudicato. Infatti, le conseguenze per il creditore che vede cancellato o ridotto (in ogni senso) il proprio privilegio differiscono fra loro unicamente sotto il profilo del quantum di garanzia che viene meno o residua, ma quanto a gravità degli effetti, il risultato è esattamente lo stesso.

Sul punto non si condivide pertanto altro minoritario orientamento secondo cui la riduzione non equivale ad una cancellazione, ma piuttosto ad una rettifica tendente a correggere l'eccedenza dell'iscrizione.

Ciò in quanto la modalità attuativa della riduzione, sia che essa consista nella limitazione ad alcuni beni ovvero nella riduzione della somma originaria, viene pur sempre realizzata tramite una cancellazione, seppur parziale, dell'ipoteca.

Chi scrive predilige l'orientamento maggioritario, atteso che affinché la riduzione abbia effetto per il debitore e per le altre parti interessate si dovrà procedere alle necessarie annotazioni, che dovranno essere disposte – ex art. 2882, 2884 e 2886 c.c. – in forza di un titolo che viene individuato dalla legge con la sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo emesso dalle autorità competenti.

Non può neppure sottovalutarsi la conseguenza che deriverebbe dalla concessione dell'ordine di riduzione di ipoteca, intesa come limitazione della somma per la quale risulta iscritto il vincolo, mediante lo strumento cautelare ex art. 700 c.p.c., nell'ipotesi in cui il giudizio di merito successivamente concluso neghi la sussistenza dei presupposti per disporre la richiesta riduzione; conseguenze non solo pregiudizievoli, ma del tutto irreversibili, in quanto provvedendosi a liberare – attraverso la riduzione dell'ipoteca il bene vincolato per il valore diminuito della somma garantita dall'ipoteca, si darebbe la possibilità ad altri creditori di vantare legittimamente analoghe o identiche garanzie reali sul medesimo bene, così definitivamente compromettendo la funzione cui è preordinata l'ipoteca.

In buona sostanza, operando quella che è la valutazione tipica di bilanciamento tra le conseguenze (favorevoli per il ricorrente) della concessione del provvedimento anticipatorio e le conseguenze (negative per la parte che deve sottostare al provvedimento cautelare) del differente esito del giudizio di merito, non sembra avventato ritenere che nella materia delle modificazioni del vincolo ipotecario vada in linea di principio esclusa l'ammissibilità di provvedimenti anticipatori.

Tale premessa, implica l'inammissibilità del ricorso.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso;

condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite per € 500,00 oltre iva e cassa in favore di parte resistente;

Si comunichi.

Napoli, 27.02.17

Il Giudice
Dott. Diego Ragozini

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376