

LA TUTELA DEGLI ACQUIRENTI DI IMMOBILI DA COSTRUIRE IN EUROPA

*In vista del Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato sul tema **Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs 122/2005 e prospettive**, (Roma, Palazzo dei Congressi, 20 e 21 gennaio 2006), la Commissione Affari europei ed internazionali del Consiglio Nazionale del Notariato ha ritenuto utile predisporre tre brevi dossier concernenti la soluzione data da alcuni dei principali ordinamenti europei al problema della tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire.*

La più significativa peculiarità delle soluzioni straniere proposte, pure tra loro assai differenziate, può rinvenirsi nella ritenuta necessità da parte di tutti i legislatori che, in un così complesso settore di contrattazione, refrattario alla standardizzazione, l'esistenza di norme imperative di limitazione dell'autonomia negoziale delle parti e l'imposizione, in determinati casi, di garanzie finanziarie da consegnare dal costruttore all'acquirente si accompagnino all'intervento obbligatorio del notaio in sede di stipulazione dei contratti a vario titolo preparatori della venuta ad esistenza del bene e del definitivo acquisto della titolarità del diritto.

Dove non c'è intervento attento a tutte le circostanze del caso concreto di un soggetto terzo imparziale ed esperto della materia, come appunto il notaio, al fine di superare l'asimmetria informativa e di scongiurare le molteplici possibilità di elusione di cui il contraente forte può fare in vario modo uso, la normativa imperativa rischia, inevitabilmente, di rimanere sulla carta, frustrando in tutto o in parte le finalità di protezione del legislatore.

La tutela degli acquirenti di immobili da costruire in Francia

IL QUADRO NORMATIVO

Introduzione

La vendita di immobili da costruire è stata disciplinata in Francia dalla Legge n.67-3 del 3 gennaio 1967, artt. L.261-1 e seguenti, artt. R.261-1 e seguenti (Code de la construction et de l'habitation –partie législative et partie réglementaire), da integrare con le disposizioni della tutela del consumatore intervenute posteriormente (protezione dell'acquirente, del mutuatario, disciplina delle clausole abusive ecc.).

La struttura della legge si articola in due tipologie di vendita:

la vendita a termine (art. L. 261-2), molto prossima alla classica vendita di cosa futura;

la vendita in stato di futuro completamento (art. L. 261-3) che rappresenta la forma contrattuale più elaborata, ma anche più diffusa.

Il legislatore distingue gli elementi qualificanti del contratto e le disposizioni imperative del settore abitativo che tendono ad assicurare un'efficace protezione all'acquirente di un alloggio consentendogli un'informativa dettagliata della consistenza e delle caratteristiche del futuro edificio, prevedendo che i versamenti effettuati corrispondano realmente agli stati di avanzamento lavori ed apprestando una garanzia contro il rischio di mancato completamento del fabbricato. Infatti l'area operativa del "secteur protégé", al quale si applicano le norme inderogabili in materia, concerne le contrattazioni aventi ad oggetto immobili abitativi o abitativi/professionali.

Altra consistente innovazione è rappresentata dalla disciplina del contratto di prenotazione, assai frequente nella prassi.

Infine il venditore di immobile da costruire è assimilato al costruttore e dunque soggetto ad un regime di garanzie per vizi della costruzione molto vicino al quello dell'appalto.

Profili più rilevanti e disciplina in sintesi

1. La vendita a termine è definita come il contratto in virtù del quale il venditore si obbliga a consegnare un immobile al momento del suo completamento e l'acquirente si impegna a prenderlo in consegna pagandone il prezzo alla data della consegna. Il trasferimento di proprietà ha piena efficacia con la constatazione, per atto pubblico, del completamento dell'edificio e retroagisce alla data della vendita ⁽¹⁾.

Tale tipologia negoziale non ha riscosso alcun successo pratico in considerazione e della circostanza che il venditore non riscuote alcun acconto prima del completamento dell'opera, e dei rischi legati alla retroattività per l'eventuale ipoteca a garanzia di un finanziamento.

2. La vendita di immobile in stato di futuro completamento (V.E.F.A) è invece il contratto con il quale il venditore trasferisce immediatamente all'acquirente i suoi diritti sul terreno e la proprietà dei fabbricati al momento esistenti. Le porzioni di edificio successivamente costruite divengono di proprietà dell'acquirente via via che esse vengono ad esistenza e l'acquirente è tenuto al pagamento del prezzo a stati di avanzamento lavori, ma la direzione dei lavori resta sotto il controllo del venditore ⁽²⁾.

Si tratta di un contratto estremamente diffuso, ad esecuzione continuata, ad effetti reali progressivi, mediante il quale il proprietario-venditore cede i diritti di comproprietà del terreno e, per accessione, l'acquirente diviene, a stadi successivi, proprietario dell'edificio (fattispecie assimilabile al nostro condominio preconstituito seppur con le differenze legate alle differenti tecniche contrattuali di volta in volta utilizzate in Italia). Il pagamento è scaglionato secondo l'adempimento degli stati di avanzamento lavori da parte del costruttore, anche se si ritiene ammissibile convenire il pagamento di un acconto al momento dell'atto di vendita dei diritti di comproprietà ma prima dell'inizio dei lavori.

Ove si tratti immobili abitativi o abitativi/professionali, la disciplina del "secteur protégé" di cui si dirà di seguito, impone, ove si intenda stipulare un contratto preparatorio, il ricorso al contratto preparatorio regolato dagli artt. L.261-15 e R.261-25 - 31

(detto più avanti contratto di prenotazione).

3. E' consentito all'acquirente cedere i diritti acquistati (cessione del contratto) senza il consenso del venditore, con trasferimento automatico al cessionario della posizione del cedente nei confronti del venditore ⁽³⁾.

4. Quanto alla responsabilità del venditore, questi è tenuto a prestare le medesime garanzie del costruttore-appaltatore, onde facilitare la successiva surrogazione del venditore nella posizione dell'acquirente risarcito, contro l'impresa costruttrice, gli architetti ed i direttori del cantiere ⁽⁴⁾.

5. Il nucleo centrale della disciplina è costituito dalla disposizione che prevede, per tutti i contratti aventi per oggetto il trasferimento di proprietà di un immobile o di parte di esso ad uso abitativo o professionale ed abitativo ("secteur protégé"), comportanti l'obbligo dell'acquirente di effettuare versamenti o depositi di fondi prima del completamento dei lavori, l'obbligatorietà, a pena di nullità, della forma dell'atto pubblico e di un contenuto contrattuale minimo indispensabile (si badi che solo la nullità derivante dal mancato rispetto del contenuto imperativo ha natura relativa).

Analogamente, colui che si obbliga ad edificare od a fare edificare un immobile o parte di esso ad uso abitativo o professionale ed abitativo, ove si sia impegnato al trasferimento diretto od indiretto del terreno o del diritto di edificare nei confronti del soggetto che si sia obbligato ad effettuare versamenti o depositi di fondi prima del completamento dei lavori, deve concludere il contratto di vendita innanzi citato (atto pubblico e contenuto minimo), salvo casi particolari espressamente previsti ⁽⁵⁾. E ciò onde scoraggiare la tentazione di dissociare la vendita dei diritti sul suolo dall'obbligazione di costruire.

Tra i contenuti indispensabili del contratto è prevista la menzione dell'esistenza di una garanzia del completamento dell'immobile o del rimborso delle somme versate, in caso di risoluzione del contratto causata dal mancato completamento di lavori (garanzie sostituibili fra loro purché ciò sia previsto nel contratto di vendita). La materia è disciplinata in dettaglio dalle norme regolamentari tra le quali sembra opportuno segnalare la previsione secondo cui la fideiussione a garanzia del rimborso riveste la forma di una convenzione mediante la quale il fideiussore si obbliga in solido con il venditore, a rimborsare le somme versate in dipendenza dello scioglimento del contratto volontario o giudiziale per i motivi di cui sopra ⁽⁶⁾.

Quanto alla garanzia del completamento, essa si sostanzia o nel contratto median-

te il quale uno degli istituti di credito indicati dalla legge si obbliga a fornire tutti i fondi necessari per il completamento dell'opera secondo il progetto, o in un contratto di apertura di credito con il quale la banca si impegna ad anticipare al venditore, od a pagare direttamente, le somme necessarie alla costruzione; di tali obbligazioni l'acquirente è legittimato a chiedere l'esecuzione. Può anche rivestire la forma di una fideiussione solidale con la quale il garante si obbliga solidalmente con il venditore a pagare le somme necessarie al completamento dell'opera. Nella prassi gli istituti di credito garanti impongono l'inserimento nei contratti di vendita di una clausola secondo la quale tutti i pagamenti dovranno eseguirsi tramite l'istituto di credito stesso che si riserva di gestire le somme relative svincolandole a favore del venditore man mano che questi abbia dimostrato di averne bisogno per la costruzione. L'istituto si riserva poi, di frequente, la facoltà di gestire anche i pagamenti dei salari degli operai e dei materiali di costruzione.

6. E fatto poi divieto assoluto al venditore di esigere od accettare alcun versamento, deposito, sottoscrizione od accettazione di titoli di pagamento, in un momento precedente la sottoscrizione dei contratti inderogabilmente regolamentati o anteriore alla data di esigibilità del credito.

7. La vendita di immobile da costruire può essere preceduta da un contratto preparatorio, (“contrat préliminaire”) anche per scrittura privata, in forza del quale il venditore, in cambio di un deposito a garanzia effettuato su un conto speciale vincolato, si obbliga a riservare all'acquirente un immobile o parte di esso. Il contratto deve contenere anch'esso un contenuto minimo obbligatorio e le somme depositate sono indisponibili, incedibili ed in espropriabili fino alla conclusione del contratto definitivo e per una durata non superiore a tre mesi.

Ogni altra promessa di vendita è nulla ed ogni clausola contraria si considera non apposta ⁽⁷⁾, ma solo ove si tratti del “secteur protégé”; nel settore libero invece (es: immobili industriali) le parti possono concludere qualsiasi altro tipo di contratto preliminare.

Il contratto di prenotazione di cui sopra viene concluso nell'interesse del venditore in quanto gli permette di tastare il mercato e fare una previsione realistica e ponderata del programma di vendite, senza assumere alcuna obbligazione di vendere o costruire potendo dunque ritirarsi dal contratto in caso di prenotazioni insufficienti. Il contratto ha natura giuridica discussa; pare sia sinallagmatico e “sui generis”, ma di certo non è equiparabile al contratto preliminare se è vero che non obbliga il prenotatario ad acqui-

stare. Il contratto fissa anche il momento in cui l'acquirente può invocare il diritto di recesso, ma non è mai condizionato di diritto all'ottenimento di un finanziamento bancario.

8. Completa la normativa, la previsione di adeguate sanzioni penali a carico di chi esige od accetta versamenti in violazione delle disposizioni inderogabili citate ⁽⁸⁾.

9. Il legislatore, con la L.4 gennaio 1978, ha istituito un sistema obbligatorio di doppia assicurazione: l'assicurazione per la responsabilità, che garantisce i soggetti tenuti alla responsabilità decennale per vizi occulti, da stipularsi prima dell'apertura del cantiere; l'assicurazione dell'opera, conclusa dal sottoscrittore per conto suo o per conto del proprietario avente causa, alla quale è tenuto il direttore dei lavori, il venditore ed il promotore.

Il ruolo del notaio in Francia

Dalla lettura delle norme in materia e dall'analisi della prassi, pare evidente che l'intero impianto ruota attorno al Notaio che riceve il contratto di vendita di immobile da costruire.

La previsione dell'obbligatorietà dell'atto pubblico notarile conferma l'attribuzione di un ruolo decisivo al pubblico ufficiale; invero la possibilità di stipulare contratti per scrittura privata non autenticata o è radicalmente inibita dalla sanzione della nullità o è limitata a casi specifici poco frequenti nella contrattazione.

L'area applicativa si rivela affidata al controllo notarile non solo per necessità pubblicitarie, ma per garantire una maggiore solennità a tutela dell'informativa dell'acquirente (acte dit de "petite solennité") e quindi sia nella fase dei contatti preliminari sia lungo tutta la fase dell'esecuzione continuata del contratto.

L'incisività dell'intervento del pubblico ufficiale è dimostrata da una serie di disposizioni legislative. In particolare una norma regolamentare ⁽⁹⁾ prescrive che i fondi oggetto di deposito a garanzia sono validamente versati al venditore dall'istituto depositario, senza la presenza ed il consenso dell'acquirente, dietro semplice esibizione di un'attestazione del Notaio rogante che certifichi la constatazione del completamento dell'immobile. Il Notaio è poi tenuto ad informare l'istituto di credito e l'acquirente della situazione ipotecaria del cespite e nel caso in cui emergano iscrizioni ipotecarie od

altri impedimenti al pagamento, egli dovrà indicare all'istituto depositario l'ammontare delle somme necessarie alla estinzione del debito ed alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli. In tal caso è il Notaio stesso che fornisce al depositario le indicazioni necessarie per lo svincolo e la destinazione delle somme.

Il Notaio francese non esamina certo i materiali di costruzione né la qualità della stessa; il suo ruolo è infatti puramente giuridico e non di assicurare il valore reale del bene. Ciononostante, ove la contrattazione concerna il citato "secteur protégé", (e dunque soprattutto per le abitazioni civili) le disposizioni legislative si fanno più stringenti e dunque anche la funzione di controllo notarile pare rafforzata: l'atto pubblico di vendita deve contenere un certo numero di menzioni obbligatorie (descrizione del bene, prezzo, vizi, gravami, termine di consegna ecc.); quando il Notaio riceve l'acquirente, deve verificare che non ci siano differenze sostanziali di contenuto tra il bene e gli elementi della contrattazione definiti nel contratto di prenotazione e quelli di cui al definitivo e, nel caso ve ne siano, che l'acquirente sia stato in grado di rendersene conto ed apprezzarle effettivamente dal momento in cui ne ha ricevuto dal Notaio la formale e obbligatoria notifica preventiva con raccomandata. Infatti dal momento della ricezione, l'acquirente ha un mese di tempo disponibile per paragonare il contenuto della bozza dell'atto definitivo con il contratto di prenotazione già a suo tempo sottoscritto ed ha la conseguente facoltà di recedere, rinunciando all'acquisto, se riscontra sostanziali differenze rispetto alla prenotazione. Il concetto "differenze sostanziali" è ben definito dalla legge e supportato da una copiosa ed univoca giurisprudenza (ad esempio una differenza di un anno nel termine di consegna è considerata sostanziale; la sostituzione di una finestra con una porta-finestra non è invece considerata sostanziale). Si badi che l'acquirente ha in ogni caso il diritto di recedere, ma se lo fa per motivi non giustificati (sono considerati giustificati, ad esempio, il mancato ottenimento di un mutuo o la presenza di inadempimenti sostanziali del venditore) perde il diritto alla restituzione della somma consegnata a titolo di deposito sino al massimo del 5%.

Onde rendere in modo più efficace il funzionamento della normativa in commento può risultare di una qualche utilità scandire schematicamente le fasi della contrattazione secondo quanto avviene nelle prassi immobiliare francese relativa al "secteur protégé".

Il contratto di vendita in stato di futuro completamento (V.E.F.A.) è, di prassi, preceduto dal contratto di prenotazione del quale si è parlato e che deve essere conforme al contenuto previsto dalla legge al riguardo. Uno dei due originali della prenotazione deve essere spedito all'acquirente onde permettergli l'esercizio del diritto di recesso.

L'acquirente, al momento della sottoscrizione di questo contratto, versa una somma variabile tra lo 0% ed il 5% del prezzo totale di vendita, a titolo di deposito a garanzia effettuato su un conto speciale vincolato presso un Istituto di credito a nome dell'acquirente; tale somma, per ordine dell' stesso acquirente risultante dall'atto di vendita, verrà girata sul conto corrente del venditore. Prima della stipula della V.E.F.A., il Notaio incaricato, dopo aver terminato tutti gli accertamenti obbligatori presso gli uffici pubblici competenti, notifica all'acquirente la bozza di contratto, le planimetrie dell'immobile ed il regolamento di condominio, in modo da consentirgli la verifica, come detto, di quanto promesso in vendita. Alla stipula del contratto notarile, il Notaio dà atto del mancato esercizio del diritto di recesso e della conoscenza da parte dell'acquirente di tutte le condizioni contrattuali, menzionando gli estremi del contratto di prenotazione. Il contratto reca una descrizione estremamente precisa del bene futuro e dello stato attuale del terreno e della costruzione, se iniziata, onde permettere il trasferimento immediato dei millesimi di comproprietà del suolo. Quanto al prezzo, oltre a quanto sopra detto, l'acquirente versa, davanti al Notaio lasciandone traccia nella sua contabilità, una somma ulteriore a titolo di acconto variabile in dipendenza dello stadio di costruzione (si rammenti che è il legislatore impone delle percentuali massime da versare alla stipula dell'atto in funzione dello stadio avanzamento lavori - ad esempio, se l'immobile non ha ancora le fondazioni completate, è fissata una percentuale massima del 30% del prezzo di vendita). Il pagamento del residuo prezzo viene accuratamente disciplinato a stadi di avanzamento lavori; il venditore si obbliga a comunicare formalmente l'esecuzione dei lavori previsti attraverso un'attestazione del direttore dei lavori con indicazione della banca alla quale versare la somma.

Il venditore dichiara di essere obbligato a prestare la garanzia del completamento dell'opera o della restituzione delle somme versate e, a tal fine, menziona il contratto di apertura di credito appositamente aperto presso il proprio istituto di credito e l'acquirente ne prende atto obbligandosi a versare il residuo prezzo da pagare presso lo stesso istituto; l'attestazione della garanzia da parte della banca è conservata presso il Notaio rogante. Inoltre il venditore dichiara di aver sottoscritto i contratti di assicurazione "dommages-ouvrage" e "responsabilità decennale du constructeur non realiserur".

All'atto di vendita sono allegati tutti i documenti relativi al progetto di costruzione e citati nel contratto.

A giudizio dei Notai francesi, salvo quanto si dirà nel prossimo paragrafo, il si-

stema funziona in maniera più che accettabile in quanto all'acquirente è assicurato un elevato grado di sicurezza sia grazie alle obbligazioni poste dalla legge a carico del venditore, sia grazie al penetrante controllo notarile sull'applicazione della normativa.

Ne sia prova una sintetica elencazione di potenziali problemi e delle relative soluzioni fornite dal sistema francese:

- il venditore/costruttore si accorge, nel tempo intercorrente tra la prenotazione e la V.E.F.A, che non sarà in grado di costruire lo stesso bene dedotto in contratto: il contratto di prenotazione non è mai una promessa di vendita e dunque tollera anche variazioni sostanziali, lasciando l'acquirente libero, nel tempo a sua disposizione tra la notifica obbligatoria fattagli dal Notaio per l'atto di vendita, di perfezionare l'acquisto o di recedere;
- al momento della consegna, si rilevano molti vizi o difformità di costruzione: l'acquirente accetterà la consegna con riserva e si avvarrà del suo diritto di ottenere la garanzia del perfetto completamento da parte del venditore che ha un anno di tempo per provvedere alla eliminazione totale dei vizi; inoltre la garanzia decennale copre i vizi di costruzione che possano pregiudicare la struttura dell'edificio nei dieci anni successivi (è questa infatti la garanzia principale, ma la legge ne offre delle altre all'acquirente quali la garanzia sugli impianti (2 anni), sull'isolamento acustico (1 anno), ecc.);
- il venditore fallisce: la legge impone una garanzia finanziaria di completamento rilasciata da una banca e ciò permetterà di finanziare la fine lavori secondo il progetto originario e quanto previsto nella V.E.F.A.; al Notaio è affidato il compito di controllare la qualità della garanzia stessa prendendo conoscenza e studiando le condizioni generali di contratto e l'affidabilità della banca;
- le imprese di costruzione spariscono o falliscono dopo la consegna dell'immobile, in pendenza del termine di garanzia decennale: in tal caso la legge prevede l'assicurazione obbligatoria "dommage-ouvrages" che consentirà di coprire il rischio in questione;
- la superficie reale dell'appartamento è diversa da quella prevista nella V.E.F.A.: la legge consente un margine di tolleranza del 5%; oltre, il venditore dovrà riparare al pregiudizio subito dall'acquirente.

Spunti critici e proposte di modifica in Francia

La dottrina notarile ⁽¹⁰⁾ non ha mancato di esprimere più volte il suo apprezzamento per la normativa in parola che ha giudicato un grande progresso sociale. Ne ha tuttavia analizzato, alla luce dell'esperienza pratica maturata negli anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge, alcuni passaggi che costituiscono punti critici meritevoli di approfondimento e di revisione "de iure condendo".

Sono state individuate delle debolezze al sistema per ciò che attiene sia alle "garanzie intrinseche" (obblighi del venditore, modalità di pagamento, contenuto del contratto, ecc.) che alle "garanzie estrinseche" (fideiussione, deposito somme presso terzi, ecc.).

Più precisamente, la circostanza che il costruttore venditore di occupi contemporaneamente di più progetti di costruzione (cantieri) si è rivelata una delle principali fonti di controversia. Se dunque la struttura giuridica che si occupa di tali investimenti è comune, risulta evidente il rischio di trasferimento incontrollato di fondi da un progetto all'altro.

E' stato al riguardo proposta la creazione di un patrimonio separato mediante costituzione di una struttura societaria "ad hoc" dedicata al singolo affare con patto di non distrazione. A tale separazione dovrebbe accompagnarsi l'imposizione di un collettore dei flussi finanziari dedicato ad un progetto, e ciò mediante la creazione di una norma secondo la quale tutti i fondi pervenuti dalle vendite siano destinati, in via principale, alla realizzazione del programma di costruzione in oggetto.

Quanto alla garanzia della libertà da ipoteca e dell'esistenza di garanzie patrimoniali sufficienti al completamento dell'opera, si è pensato ad esempio che potrebbe essere opportuno esigere dal venditore la prova del pagamento integrale del prezzo di acquisto del terreno e dei costi dell'edificio al rustico.

In merito alle garanzie estrinseche è stato evidenziato che sulla strada dell'acquirente che dovesse escutere la fideiussione gravano numerosi ostacoli (i ritardi, gli obblighi procedurali, le possibili scappatoie) che pregiudicano di fatto la sua tutela integrale.

Per risolvere in parte tali questioni, si è pensato di proporre la soppressione pura e semplice dell'alternativa di prestare (e successivamente di sostituire, ove il contratto lo preveda) la fideiussione per il rimborso delle somme versate (equivalente) al posto della garanzia per il completamento dell'opera. Essa non corrisponde affatto a ciò che si au-

gura l'acquirente (ottenimento di un alloggio determinato) e non può essere dunque posta sullo stesso piano della garanzia per il completamento dell'opera.

-
- 1) Art. L. 261-2.
 - 2) Art. L. 261-3.
 - 3) Art. L. 261-4.
 - 4) Art. L. 261-6.
 - 5) Artt. L. 261-10 e L. 261-11.
 - 6) Art. R. 261-22 e R. 261-23.
 - 7) Artt. L. 261-15 e L. 261-16.
 - 8) Artt. L. 261-17, L. 261-18 e L. 261-19.
 - 9) Art R. 261-4.
 - 10) Vedi per tutti Michel Dagot, Professeur à la Faculté de droit de Toulos e Notaire – Pour une amélioration des garanties d'achevements dans les ventes en état futur d'achèvement - in la semaine juridique n.30 – 1997 page 1035 e ss.

La normativa sugli immobili in costruzione in Germania

1. L'acquisto della proprietà immobiliare in Germania

Il legislatore tedesco si preoccupa di tutelare gli acquirenti di immobili in corso di costruzione: la norma centrale al riguardo, la Makler – und Bauträgerverordnung MaBV risale al 1974.

Al fine di meglio comprendere il modo in cui questa opera è necessario richiamare alcuni principi in ordine alle modalità di acquisto della proprietà o di altro diritto reale su immobili in Germania ⁽¹⁾.

Il consenso validamente espresso, a differenza che in Italia, non ha efficacia traslativa. Esso produce piuttosto solo effetti obbligatori: con il contratto (vendita ecc.) una parte si impegna a far acquistare all'altra la proprietà e viceversa quest'ultima si obbliga all'acquisto ed al pagamento del prezzo. L'acquisto vero è proprio si ha con l'intavolazione, cioè con l'iscrizione nei pubblici registri del libro fondiario e quindi ad avvenuta pubblicità dell'atto, pubblicità avente pertanto effetti costitutivi. Al fine di poter procedere alla pubblicità oltre al contratto è poi necessaria la c.d. Auflassung, una dichiarazione formale e astratta delle parti mediante la quale viene espresso il consenso al trasferimento della proprietà di un bene immobile. Essa costituisce titolo necessario per l'intavolazione, intavolazione che le parti dovranno inoltre espressamente autorizzare. Segue poi la domanda di intavolazione che provoca un procedimento di volontaria giurisdizione meramente documentale al termine del quale si avrà l'iscrizione presso il libro fondiario (tavolare), iscrizione avente efficacia costitutiva dell'acquisto della proprietà.

2. La forma richiesta per i contratti aventi ad oggetto diritti reali su immobili

In base al § 311 b 1 comma BGB l'assunzione dell'obbligazione di alienare o acquistare un immobile sito in Germania è valida solo se fatta per atto notarile ⁽²⁾. In mancanza della forma notarile ⁽³⁾ l'atto è nullo, tuttavia non si tratta di nullità insanabile: l'atto nullo per vizio di forma viene sanato in caso di avvenuta intavolazione in seguito ad atto di rilascio (Auflassung – vedi *supra*) ricevuto da notaio tedesco.

L'obbligo della forma notarile riguarda gli *essentialia negotii* ma anche tutte le volontà accessorie delle parti collegate al negozio sia perché inserite nel sinallagma sia ad esso negozio comunque collegate come ad es. condizioni, diritto di recesso, obbligo di conclusione di altro negozio.

Anche eventuali negozi ulteriori collegati al primo nel senso che le parti hanno voluto un negozio solo unitamente all'altro ricadono nell'obbligo formale: è questo il caso ad esempio della vendita collegata ad un contratto d'appalto oppure della vendita e locazione dell'immobile al venditore.

Sottostà ai medesimi obblighi formali anche il contratto preliminare. Il contratto preliminare nel diritto tedesco comporta l'assunzione di un obbligo a far acquistare la proprietà e rispettivamente ad acquistare la stessa sospensivamente condizionato all'avvenuta stipula del contratto di vendita. Nella prassi i contratti preliminari sono rari per i doppi costi: le parti stipulano direttamente l'atto di vendita che – come visto – ha comunque effetti obbligatori.

In base al § 117 BGB la dichiarazione in atto di un prezzo inferiore a quello effettivamente pagato comporta nullità del negozio per simulazione ⁽⁴⁾. Anche in questo caso la nullità viene sanata in seguito all'avvenuta intavolazione. Tuttavia tale intavolazione può essere evitata con una dichiarazione di avvertita simulazione. Altri vizi comportanti nullità per contrarietà alla legge non vengono invece sanati.

3. Gli immobili in corso di costruzione – generalità

3.1 Definizioni

Per le ipotesi di acquisto di immobili in corso di costruzione la dottrina distingue tra:

- “Bauträgervertrag“ (contratto con il costruttore):

Il Bauträgervertrag non costituisce una figura contrattuale normativamente tipizzata dal BGB: la sua definizione è piuttosto frutto dell’elaborazione dottrinale che lo individua nel contratto mediante il quale un’impresa si obbliga a costruire su terreno proprio ed a proprio rischio un’immobile ed a far acquistare la proprietà dello stesso ⁽⁵⁾.

In tal senso il Bauträgervertrag sarebbe un contratto misto che riunisce elementi del contratto di vendita e del contratto di appalto. La dottrina ⁽⁶⁾ rileva inoltre come dal punto di vista economico tale contratto possa svolgere anche una funzione di finanziamento dell’impresa: attraverso il pagamento di acconti da parte del futuro acquirente l’impresa evita il ricorso al credito, risparmiandone i relativi costi.

- “verdecktes Bauherren – Modell” (lett. modello con costruttore nascosto): si tratta di un modello in cui in un unico procedimento diretto all’acquisto si inseriscono più parti e più contratti: un contratto tra l’acquirente ed il venditore del terreno ed un contratto tra l’acquirente e l’impresa costruttrice per la realizzazione dell’immobile.

3.2 La normativa di riferimento

In ordine al Bauträgervertrag vanno prese in considerazione le seguenti fonti normative:

- La Gewerbeordnung (codice delle attività lucrative indipendenti) GewO

In base al § 14 GewO chi inizia un’attività indipendente deve farne denuncia all’autorità amministrativa competente.

Determinate attività tuttavia sottostanno oltre all’obbligo di denuncia ex § 14 GewO anche alla necessità di una preventiva autorizzazione amministrativa ex § 34c GewO. Deve fra l’altro richiedere la preventiva autorizzazione:

- a) chi intenda esercitare attività di mediazione in ordine a contratti aventi ad oggetto terreni, diritti su beni parificati a terreni, locali adibiti ad uso commerciale o abitativo, mutui
- b) chi intenda realizzare o predisporre in nome proprio progetti di costruzioni in proprio o per conto terzi utilizzando a tal fine beni o valori dell’acquirente, del locatario, affittuario o di altri utilizzatori o assegnatari

c) chi intenda svolgere attività di assistenza a progetti di costruzione per conto altrui.

Il § 34c GewO prevede inoltre che il Ministro Federale per l'economia ed il lavoro rilasci una ordinanza al fine di regolare i doveri e gli obblighi di chi eserciti attività soggette ad autorizzazione come sopra. Tali obblighi devono riguardare: le garanzie da prestare, gli obblighi di amministrazione separata dei valori ricevuti, gli obblighi di rendiconto, gli obblighi di denuncia alle autorità competenti, obblighi di contabilità e di controllo.

- La Makler-und Bauträgerverordnung (MaBV) “ordinanza sui mediatori e costruttori“ del 20.06-1974 ⁽⁷⁾. Si tratta di un'ordinanza con cui il Ministro federale per l'economia (Bundeswirtschaftminister) ora Ministro federale per l'economia ed il lavoro (Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) ha stabilito, sulla base del citato § 34c GewO, i doveri e gli obblighi di chi esercita le attività soggette ad autorizzazione di cui sopra.

Tale normativa ha come scopo principale quello di proteggere l'acquirente dalla perdita dei propri valori patrimoniali (denaro o quant'altro) versati al costruttore venditore o messi a disposizione dello stesso.

Particolare rilievo assumono i §§ 3 e 7 che vietano al costruttore di ricevere pagamenti prima che si siano verificati determinate presupposti.

- La legge sulle clausole generali di contratto – Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)

Tale legge vale per tutti i contratti conclusi a mezzo di formulari ed i contratti con il consumatore. Essa troverà applicazione non per tutti i casi di Bauträgervertrag, ma solo per le ipotesi in cui l'acquirente sia un consumatore.

- Il § 313 del codice civile tedesco Bürgerliches Gesetzbuch BGB: prevede, come visto sopra, l'obbligo dell'atto notarile (atto pubblico) per tutti i contratti con i quali taluno si obbliga all'acquisto o all'alienazione di diritti reali su immobili e per tutte le pattuizioni collegate.
- I §§ 305 ss. BGB che regolano le condizioni generali di contratto

Riassumendo pertanto:

Il contratto mediante il quale taluno si obbliga a costruire su un terreno proprio ed a proprio rischio un'immobile ed a far acquistare la proprietà dello stesso alla controparte

è sempre soggetto alla forma dell'atto notarile.

Del pari sono soggetti alla forma dell'atto notarile, se fra loro collegati in quanto facenti parte di un unico procedimento diretto all'acquisto di un immobile, il contratto tra l'acquirente ed il venditore del terreno ed il contratto tra l'acquirente e l'impresa costruttrice per la realizzazione dell'immobile.

Qualora chi realizza l'operazione operi professionalmente sarà soggetto alla preventiva autorizzazione amministrativa ed agli obblighi di denuncia previsti dal § 34c GewO nonché alle previsioni della MaBv.

Qualora chi acquista sia un consumatore si applicheranno anche le relative disposizioni di tutela della AGBG. Inoltre saranno applicabili le norme del BGB sulle clausole generali di contratto.

4. L'ambito di applicazione della MaBv

4.1 I soggetti

Le disposizioni della MaBv si applicano dal punto di vista dei soggetti coinvolti:

- per quanto riguarda la parte venditrice qualora questa sia un soggetto che operi professionalmente e sia soggetta alle autorizzazioni di cui al § 34c GewO
- per quanto riguarda l'acquirente la MaBv si applica ad ogni tipo di acquirente. Tuttavia qualora l'acquirente sia un imprenditore iscritto o una persona giuridica di diritto pubblico è ammessa la rinuncia da parte dell'acquirente alle disposizioni di tutela di cui ai §§ 3 e 7 MaBv (presupposti per il pagamento / fideiussione di cui *infra*).

4.2 I contratti

Le misure di tutela previste dalla MaBv si applicano per i contratti in cui il venditore si obbliga a costruire ed a procurare la proprietà o altro diritto reale su un immobile.

L'ipotesi normale è la vendita mista ad un contratto di appalto, ipotesi che la dottrina tedesca tende a configurare come autonomo tipo contrattuale seppur non nominato dal legislatore.

Altra ipotesi è la permuta con il costruttore.

Si distinguono a proposito ⁽⁸⁾

Il “Grundstücksmodell“: in tal caso il proprietario di un terreno cede l’intero terreno ad un’impresa che in cambio si obbliga alla costruzione ed al ritrasferimento di un’abitazione. In tale ipotesi si applica la MaBv.

Il Stundungsmodell: In tale ipotesi il proprietario di un terreno vende tale terreno ad un’impresa. In un secondo contratto l’impresa vende un appartamento da costruire. I prezzi delle due compravendite vengono messi a scadenza nello stesso momento e compensati. Anche in tale ipotesi si applica la MaBv.

L’Anteilmodell: in tal caso il proprietario di un terreno cede una quota o una parte del proprio terreno e l’impresa in cambio si obbliga alla realizzazione della costruzione. In tal caso non si ritiene applicabile la MaBv.

E’ discusso se e quando sia applicabile la MaBv in caso di acquisto di terreno da un soggetto e incarico alla costruzione conferito ad altro soggetto (vestecktes Bauherrenmodell).

Si ritiene senz’altro applicabile la MaBv qualora, pur in presenza di contratti distinti, il venditore del terreno e l’impresa costruttrice siano la stessa persona.

Del pari si ritiene applicabile la MaBv nei casi in cui l’impresa incaricata della costruzione abbia comunque un controllo sulla stipula del contratto di vendita (ad es. vendita fatta all’impresa costruttrice con facoltà di nomina di una terza persona).

In caso di due contratti (vendita del terreno e appalto per la costruzione) completamente autonomi e stipulati con soggetti diversi la MaBv non si applica.

5 Il pagamento del prezzo

5.1 I presupposti

5.1.1 Generalità

Il Bauträgervertrag deve essere stipulato per atto notarile. Anteriormente alla stipula nessun pagamento può essere effettuato.

Inoltre nessun pagamento può essere effettuato prima che

- a) siano state rilasciate eventuali autorizzazioni (Genehmigungen) necessarie per l’atto (vedi *infra*)
- b) la pretesa dell’acquirente all’acquisto della proprietà non sia stata garantita da una

prenotazione tavolare (*Vormerkung* - vedi *infra*)

c) non sia assicurata la libertà da aggravi dell'immobile (vedi *infra*)

d) non sia stato rilasciato il permesso a costruire (*Baugenehmigung*) ovvero, qualora non sia necessario alcun permesso, qualora non sia possibile dare comunque inizio all'attività edificatoria (vedi *infra*)

e) non sussista più alcun diritto di recesso da parte del venditore

In alternativa alle previsioni di cui sopra alle lettere da a) ad e) è tuttavia possibile effettuare rispettivamente ricevere pagamenti qualora venga fornita una relativa fideiussione.

5.1.2 In particolare: la prenotazione (*Vormerkung*)

Come sopra visto, in seguito alla vendita il venditore è tenuto a procurare la proprietà e alla *Auflassung*.

Prima della *Auflassung* è possibile effettuare, in forza della vendita stipulata, una prenotazione tavolare (“*Auflassungsvormerkung*”) a favore dell'acquirente. Questa costituisce uno strumento di centrale importanza a tutela degli interessi del venditore.

La prenotazione tutela l'acquirente (sin dal momento della presentazione della relativa domanda) contro:

- atti dispositivi *medio tempore* dell'acquirente. Questi sono inefficaci nei confronti di colui che vanta una prenotazione. Tale inefficacia non opera tuttavia automaticamente. Piuttosto il primo acquirente con prenotazione può pretendere dal creditore iscritto posteriormente alla prenotazione una dichiarazione di consenso alla cancellazione e da colui che ha acquistato diritti posteriormente il consenso all'intavolazione del proprio diritto. (§ 883, secondo comma e § 888 primo comma BGB). La prenotazione non comporta pertanto un blocco della situazione tavolare e non libera il venditore dall'obbligo della cancellazione di tutti gli oneri iscritti.
- Esecuzione forzate da parte di terzi nei confronti del venditore - §883 secondo comma BGB - tuttavia la prenotazione non comporta una cessazione della procedura d'asta.
- Fallimento del venditore (§106 InsO).

In tal caso l'acquirente può pretendere il consenso per la Auflassung da parte del curatore fallimentare.

La prenotazione ha natura strettamente accessoria e presuppone pertanto un titolo valido ed idoneo.

Per l'iscrizione della prenotazione (Eintragung der Vormerkung) è necessaria una apposita domanda tavolare e l'esplicito consenso del proprietario, consenso che dal punto di vista materiale non soggiace ad obbligo di forma alcuno, ma che tavolarmente necessita della forma minima della scrittura privata autenticata.

5.1.3 La libertà da aggravii

Altro presupposto per il pagamento è, qualora non si voglia ricorrere alla fideiussione, che sia assicurato il passaggio della proprietà libera da aggravii. Vi deve essere pertanto la certezza che eventuali oneri – in particolare diritti reali di garanzia – gravanti sull'immobile vengano cancellati prima del passaggio della proprietà all'acquirente.

Ciò avviene solitamente nel seguente modo:

il prezzo viene pagato direttamente alla banca che finanzia il costruttore. In precedenza la banca consegna all'acquirente una promessa mediante la quale si obbliga ad acconsentire alla cancellazione delle garanzie reali a proprio favore e ciò anche in caso di mancata ultimazione dell'immobile. La banca tuttavia si può riservare – in caso di mancata ultimazione dell'immobile- il diritto alla restituzione delle somme versate, senza quindi procedere alla cancellazione.

5.1.4 Edificabilità – permesso a costruire

Per procedere ad un'attività edificatoria su un terreno è generalmente necessario un permesso a costruire (Baugenehmigung).

L'avvenuto rilascio del permesso è ulteriore presupposto necessario per il pagamento.

Vi sono tuttavia ipotesi in cui un tale permesso non è necessario. In tali casi il pagamento può avvenire solo in seguito al rilascio, da parte delle competenti autorità, di un'attestazione che confermi la non necessità di un permesso a costruire. Se le normative particolari del Bundesland non prevedono una tale attestazione, è sufficiente una relativa dichiarazione del costruttore - venditore. Tuttavia in tal caso i pagamenti possono avvenire solo dopo un mese dal rilascio di tale attestazione per dar modo all'acquirente

di verificarne l'esattezza.

5.2 I tempi del pagamento

Per l'effettuazione dei pagamenti – fermi restando i presupposti di cui sopra – è prescritto un piano rateale preciso che consente la suddivisione del pagamento in sette rate. In ogni modo i pagamenti non possono superare i seguenti importi rapportati alle diverse fasi di costruzione:

30,0 %	dopo l'inizio dei lavori di terra
28,0%	terminati i lavori del rustico, compresi i lavori di carpenteria
5,6%	ad ultimazione dei tetti e delle gronde
2,1%	dopo l'installazione degli impianti di riscaldamento
2,1%	dopo l'installazione degli impianti sanitari
2,1%	dopo l'installazione degli impianti elettrici
7,0%	ad avvenuto montaggio delle finestre e dei vetri
4,2%	dopo l'intonaco interno
2,1%	ad avvenuta pavimentazione
2,8%	ad avvenuta piastrellatura nelle zone sanitarie
8,4%	in seguito all'abitabilità e consegna
2,1%	per lavori di facciata
3,5%	ad ultimazione completa

Qualora alcune delle prestazioni indicate non fossero dovute, l'importo corrispondente è da suddividere in proporzione sulle altre voci.

Possono essere sempre convenuti pagamenti in momenti successivi, mentre pagamenti in momenti precedenti sono ammessi solo in caso di rilascio di una fideiussione con le caratteristiche di cui in seguito.

5.3 L'alternativa: la fideiussione

In luogo di quanto previsto al punto 5.1.1 lettere da *a*) ad *e*) e senza i rispetto dei tempi di cui al punto 5.2, possono venire effettuati pagamenti qualora venga consegnata una fideiussione bancaria a garanzia di tutte le eventuali pretese restitutorie

dell'acquirente (Art. 7 MaBv).

La fideiussione va restituita qualora siano soddisfatti i presupposti delle citate lettere da a) ad e) punto 5.1.1 e il costruttore si attenga al piano di pagamenti di cui al punto 5.2 o comunque in caso di completa ultimazione dell'immobile.

La fideiussione deve essere prestata alternativamente da un ente di diritto pubblico con sede in Germania, da un istituto di credito autorizzato all'attività in Germania o da un'impresa di assicurazione autorizzata all'attività in Germania.

La fideiussione deve contenere la rinuncia alla preventiva escussione del debitore. Non è tuttavia necessario che sia a prima richiesta.

La fideiussione deve garantire tutti i pagamenti effettuati per l'intero importo.

In un primo momento dottrina e giurisprudenza ritenevano che la fideiussione garantisca solo i diritti dell'acquirente in caso di risoluzione del contratto (in particolare in caso di recesso da parte dell'acquirente). La successiva elaborazione giurisprudenziale ha portato tuttavia a ritenere che la fideiussione garantisca anche le pretese restitutorie dell'acquirente in caso di vizi e difetti o di inadempimento parziale, così come il risarcimento delle spese necessarie per le riparazioni in seguito a difetti e vizi. Si deve tuttavia trattare di danni derivanti dal pagamento anticipato nel senso di pagamenti che l'acquirente non sarebbe stato tenuto ad effettuare in virtù del proprio diritto di ritenzione al momento della consegna dell'immobile (difettoso) ⁽⁹⁾.

6. Il contenuto del contratto

La MaBV nulla detta in tema di contenuto del contratto.

Tuttavia va innanzitutto notato che la forma necessaria per il contratto è l'atto notarile. La prescrizione formale riguarda tutti gli elementi negoziali.

Il contratto si forma quindi con il necessario intervento del notaio che, seppur non vincolato a rigide prescrizioni di contenuto, dovrà comunque, nell'ambito della propria funzione, indagare la volontà delle parti, informare le stesse sugli effetti dell'atto (§§ 17, 21 BeurkG) e fornire alle stesse la consulenza e le informazioni necessarie (§17 BeurkG).

Inoltre nella maggior parte dei casi saranno applicabili i §§ 305 ss. BGB sulle condizioni generali di contratto.

In particolare in base al § 307 primo comma BGB sono inefficaci le clausole che comportino un indebito svantaggio in quanto formulate in maniera non chiara ed in equivoca. Inoltre in forza del § 308 n. 4 BGB eventuali varianti alle prestazioni dovute dal costruttore sono ammesse solo in misura ragionevole per la controparte.

Da tali disposizioni la dottrina deriva che debbano formare contenuto del contratto il capitolato con la descrizione delle caratteristiche dell'immobile nonché i piani e gli elaborati tecnici relativi ⁽¹⁰⁾.

7. I controlli

La MaBV prevede inoltre

un obbligo di rendiconto a carico del costruttore nei confronti della controparte sull'uso delle somme e dei valori ricevuti (§8)

precisi obblighi contabili (§10) con indicazione, fra l'altro, delle somme e dei valori ricevuti e copia della fideiussione con indicazione del termine di scadenza;

l'osservanza delle disposizioni della MaBV deve essere verificata annualmente da revisori abilitati che devono trasmettere la propria relazione all'autorità competente. I costi di tale revisione sono a carico dell'impresa.

8. Sanzioni

La MaBV non prevede sanzioni che si riverberano sul contratto (nullità o simili) in caso di inosservanza delle proprie norme.

Tuttavia l'inosservanza delle norme di cui al § 34c GewO e della MaBV costituiscono illecito.

In particolare chi esercita le attività di cui al § 34c GewO senza le necessarie autorizzazioni o non osservi le disposizioni di cui alla MaBV è punito con una sanzione pecuniaria pari ad Euro 5.000,00. In caso di recidiva ripetuta è prevista la reclusione fino ad un anno.

-
- 1) Sul tema v. D. Ockl, Prassi e costi dei trasferimenti immobiliari in Germania, Studio CNN, Commissione affari europei ed internazionali, pubblicato sulla RUN nel CNN-Notizie del 6 dicembre 2005 e nella Banca Dati Notarile.
 - 2) Sono altresì abilitati al ricevimento di tali atti i Ratsschreiber del Baden Württemberg e gli ufficiali consolari. Inoltre sono parificati agli atti notarili i verbali di conciliazione giudiziali se in osservanza delle norme di procedura relative.
 - 3) Per i requisiti formali richiesti vedi Eylmamann/Vaasen, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz Kommentar, 3. Ed. 1995, Keidel/Winkler, Beurkundungsgesetz, 14. ed., Kommentar München 1999
 - 4) Non si ha tuttavia tale nullità in caso di suddivisione del prezzo fra terreno e fabbricato in modo difforme alla realtà per motivi fiscali (BGH, NJW 2002, 1527)
 - 5) Cfr. H.D.Kutter Bauträgervertrag in Brambing – Jerschke- Waldner, Beck'sches Notar-Handbuch, München 2000, AII pag. 222; C.Hertel Bauträgervertrag, in Limmer – Hertel – Frenz – Mayer, Würzburger Notarhandbuch 2005, pag. 803 s.
 - 6) C. Hertel, Bauträgervertrag cit. pag. 804; Griwotz, NotBZ 2001, pag. 1; Ullmann, NJW 2002, pag. 1073
 - 7) Nel Bundesgesetzblatt BGBL (corrispondente della nostra *Gazzetta Ufficiale*) I, 1974, 1314, da ultimo modificata dall'art. 10 della legge per l'attuazione di proposte di semplificazione burocraticata e deregolarizzazione dalle Regioni (Gesetz zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen) del 21.06.2005 BGBL I 2005, 1666.
 - 8) Cfr. C. Hertel, Würzburger Notarhandbuch cit., 811
 - 9) Per una panoramica delle posizioni giurisprudenziali cfr. Würzburger Notarhandbuch cit. pag. 848 s.
 - 10) Cfr. Würzburger Notarhandbuch, cit. Pag. 817
-

ABBREVIAZIONI

AGBG: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
(legge sulle clausole generali di contratto)

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile tedesco)

BGBL: Bundesgesetzblatt (Gazzetta ufficiale)

GewO: Gewerbeordnung (codice delle attività lucrative indipendenti)

MaBv: Makler-und Bauträgerverordnung (ordinanza sui mediatori e costruttori)

NJW: Neue Juristische Wochenschrift (rivista)

NotBZ: Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis (rivista)

Immobili da costruire in Spagna e ruolo del notaio

Il mercato immobiliare in Spagna ha vissuto in questi ultimi anni fenomeni simili a quelli che ciascuno noi nella sua esperienza personale e professionale conosce. Più precisamente, come risulta dall'Osservatorio sulla casa, promosso dal *Consejo General del Notariado de España*, su un totale di 21 milioni di appartamenti, la costruzione di ben tre milioni è iniziata tra il 1994 e il 2002, con un'ulteriore crescita nell'anno 2003, quando si sono avviati i lavori di circa 690.000 nuovi alloggi. Al contempo da un lato dal 1996 ad oggi il prezzo dei terreni edificabili si è incrementato del 200% e dall'altro il costo degli appartamenti nel solo 2003 è cresciuto del 17,2% contro una media del 7,2% nei Paesi dell'area euro.

Tutti i suddetti dati confermano come l'acquisto di un appartamento nuovo o "usato" sia in Spagna un tema "caldo", fonte di polemiche e contrapposizioni, rientrando per molti una tale crescita anche in una non trasparente politica di gestione del territorio e dei terreni edificabili in particolare foriera di notevoli speculazioni.

Tuttavia, passando dal piano, introduttivo, delle considerazioni economiche a quello più propriamente giuridico, è opinione comune che il sistema spagnolo di trasmissione della proprietà (e degli altri diritti reali) sia complessivamente efficiente. I casi di controversie in materia di proprietà immobiliare sono scarsi come dimostrato dalla circostanza che il costo per l'assicurazione della responsabilità notarile in caso di perdita (per evizione in particolare) di quanto acquistato ammonta a circa €15. La spiegazione di ciò, come *infra* brevemente si vedrà, deriva anche da una forma legale di collaborazione tra Notai e *Registradores* (quasi equivalenti ai nostri Conservatori dei R.R.I.I. dai quali si differenziano per i diversi poteri di controllo e per il sistema di retribuzione).

Punto di partenza per una sintetica ricognizione della tematica in oggetto, sono al-

cune dati preliminari diretti a inquadrare il contesto di regole e principi in cui ci si muove.

La normativa inerente la proprietà immobiliare e il ruolo del notaio è contenuta in diversi testi stratificati nel tempo. Occorre tener conto del *Código civil* del 1889, della *Ley Hipotecaria* o LH del 1946, del *Reglamento Hipotecario* del 1947 (ovviamente oggetto di interventi di aggiornamento), della L. 49/1960 (*Ley sobre la Propiedad Horizontal-Condóminium*) aggiornata nel 1999. Sul piano specifico del tema in discorso, inoltre, occorre considerare che non vi sono norme contenute in un singolo testo normativo ma disposizioni che a vario titolo se ne occupano. Tra queste assume un ruolo centrale la normativa a protezione del consumatore, di derivazione comunitaria, rappresentata dalla L. 26/1984 che costituisce il testo base integrato e modificato dalla L. 7/1998 sulle condizioni generali di contratto, dalla L. 23/2003 in tema di vendita di beni di consumo e, con riferimento più diretto, alla materia il R.D. 515/1989 in tema di informazione del consumatore, la L. 57/1968 sui pagamenti anticipati in caso di costruzione e vendita di beni. Infine la L. 38/1999 (*Ley de Ordenación de la Edificación*).

In un tale complesso intreccio di disposizioni si inseriscono ancora i principi della Carta Costituzionale del 1978 e le norme derivanti dalla struttura regionale dello Stato spagnolo e, in particolare, di regioni con ampia autonomia quali la Catalogna, alcuni territori dei Paesi Baschi o la Galizia. Ciò che tuttavia non impedisce di ottenere una nozione unitaria di proprietà e diritti reali nonché del connesso regime circolatorio e pubblicitario che presenta per la matrice comune molti aspetti corrispondenti alle categorie giuridiche del nostro ordinamento.

Anche in Spagna la proprietà appartiene, unitamente ad altri diritti, alla categoria degli *iura in rem*. Con una rilevante differenza, tuttavia, almeno su un piano teorico, rappresentata dalla circostanza che essi sono un *numerus apertus*. E' possibile creare diritti reali atipici opponibili *erga omnes* purché presentino quei caratteri ritenuti essenziali della categoria. Un tale principio che, come è noto, dalla dottrina italiana prevalente è ritenuto non esistente nel nostro ordinamento giuridico, è mitigato dalla circostanza che nella prassi non vi sono casi di particolare rilievo e diffusione tanto da condurre parte della dottrina spagnola a ritenere che, in pratica il loro è un sistema dominato dal *numerus clausus*.

Sempre su un piano di inquadramento generale, nel sistema giuridico spagnolo:

- da un lato il trasferimento della proprietà è ispirato al sistema di tradizione roma-

nistica, richiedendo il *titulus* (un valido e idoneo contratto di trasferimento) e il *modus* (la consegna materiale della cosa o qualcosa rappresentativo di essa - formalità ritenute equivalenti come il perfezionamento del contratto in forma notarile);

- dall'altro la forma del contratto di vendita immobiliare è libera; essa non è necessaria per acquistare la proprietà di una casa essendo sufficiente a tal fine, per esempio, un contratto verbale seguito dalla consegna materiale della cosa. Il che si ricava dagli articoli 1279 e 1280 c.c. che, tuttavia, consentono anche di precisare come anche una sola delle parti può esigere il perfezionamento del trasferimento attraverso la *escritura pública* per le maggiori garanzie ed effetti come si vedrà della medesima, ferma restando la detta regola generale della libertà di forma se tutte le parti sono d'accordo su ciò.

Inoltre, secondo regole simili al nostro sistema giuridico, la registrazione nel *Registro de la Propiedad* e l'aggiornamento del *Catastro* non rilevano per l'effetto traslativo tra le parti né, salvo quanto appresso, sanano vizi dell'atto. Quest'ultima affermazione esige, però, una precisazione. I principi che governano il detto *Registro*, che è impostato su base oggettiva, sono, infatti, i seguenti:

- per la “registrazione” occorre di regola un atto notarile non essendo sufficiente l'equivalente di una scrittura privata;
- la “registrazione” non è costitutiva (salvo il caso delle ipoteche);
- la registrazione non sana i vizi o difetti del documento “registrato”; se il contratto è nullo ciò potrà essere dichiarato dal giudice anche se presentato e inserito nel *Registro de la Propiedad*;
- la “registrazione”, tuttavia, in ogni caso protegge l'acquirente di buona fede nel senso che anche ove il titolo del dante sia nullo ma l'operazione si sia conclusa e nel pubblico registro se ne trova traccia pubblicitaria, l'acquirente è tutelato se in buona fede. Pertanto, se B acquista la proprietà in buona fede da A (ignorando la nullità del titolo di A) e la proprietà di A è “registrata” nel citato *Registro*, l'acquisto di B sarà protetto determinandosi una *adquisitio a non domino*;
- la priorità di “registrazione” risolve i conflitti tra due acquirenti. Il punto merita una precisazione in virtù di un sistema legale di collaborazione tra notai e “*Registradores*”, sopra accennato, che ha ridotto già in tempi di assenza di accesso telematico al *Registro* i rischi di (per così dire) trascrizioni o iscrizioni pregiudizie-

voli sconosciute per difetto di aggiornamento al momento della firma dell'atto. Al fine di garantire il compratore quando il notaio a mezzo fax richiede ciò che noi comunemente definiamo visure ipotecarie, l'ufficio competente nei tre giorni successivi informa il notaio dei pesi esistenti sulla proprietà immobiliare considerata e, per i successivi nove giorni, è tenuto a continuare ad informare e aggiornare il notaio su eventuali atti riferibili alla medesima che siano stati presentati.

Dopo quanto brevemente esposto è possibile procedere ad una sintetica disamina dei problemi e relative soluzioni adottate in Spagna per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire anche se, come si vedrà, si può già sottolineare che l'ottica spagnola è diretta a distinguere tra tutele per gli immobili nuovi rispetto a quelli "usati". Sul piano terminologico la formula utilizzata è quella di *vivenda de nueva construcción* o di acquisto di un appartamento "*sobre plano*"; i casi contemplati sono sia quelli specifico oggetto di questa nota e considerati nel nostro ordinamento dal D.lgs. 122/2005, sia quelli di in cui si acquista un immobile nuovo sì ma ultimato.

Come osservato in precedenza non vi è in Spagna una normativa unitaria simile a quella introdotta in Italia con il citato recente D.Lgs. 122/2005; di contro diverse norme convergono a realizzare il fine di tutela di tutela del compratore.

La prassi conosce tecniche contrattuali, soluzioni operative e anche problemi simili a quelli che hanno spinto il nostro legislatore a intervenire nel settore. In sintesi molto spesso la vendita "*sobre plano*" si perfeziona in forma privata e solo successivamente nella fase finale dell'operazione, a costruzione ultimata, ci si reca dal notaio per munirsi di un titolo che sia anche idoneo alla pubblicità e all'aggiornamento del Catasto. Simili sono anche le modalità e la misura degli acconti nonché la regolamentazione della relazione tra questi e l'esecuzione dei lavori.

In ossequio alla sopra citata normativa a tutela del consumatore i contratti in discorso devono rispondere ai principi della buona fede e dell'equilibrio dei diritti e obblighi tra le parti. In molti casi l'acquirente consumatore si trova a dover sottoscrivere contratti contenenti clausole contrastanti con le regole poste a sua tutela e, a tal fine, la legge prevede *a)* la nullità delle clausole abusive, *b)* il diritto all'integrazione del contratto secondo quanto previsto nella documentazione informativa e pubblicitaria che il costruttore è tenuto a predisporre, *c)* l'interpretazione nel dubbio in favore del acquirente-consumatore, *d)* sanzioni amministrative per il caso di violazioni delle norme di protezione del consumatore. In tale contesto, applicandosi le regole comunitarie sulla tutela

dei consumatori, non vi è alcun problema di coordinamento paragonabile a quello che la normativa italiana ha determinato tra la nozione di consumatore “generale” e quella di “acquirente” considerata dal citato D.lgs. 122/2005.

Le clausole “abusive”, data la comune matrice comunitaria di questa normativa, sono per lo più quelle previste anche nel nostro ordinamento: si pensi a quelle che impongono al consumatore l’acquisto di beni o servizi complementari o ulteriori e da lui non richiesti né voluti, quelle che danno diritto al venditore di aumentare il prezzo per fatti che non siano sue prestazioni addizionali, l’obbligo di pagare somme per modifiche non richieste o, ancora, la fissazione di date di consegna meramente indicative o rimesse alla volontà del venditore, l’imposizione al consumatore di sue dichiarazioni di conformità rispetto a fatti o aspetti che non ha potuto verificare, la violazione del suo diritto a scegliere il notaio.

Gli obblighi di informazione che gravano sul costruttore sono altresì rilevanti e oggetto di una normativa specifica contenuta nel Decreto 515/1989.

In generale il detto decreto impone che i dati, le caratteristiche e le condizioni della costruzione, la sua ubicazione, i servizi e le dotazioni dell’appartamento nonché le condizioni di acquisto e pagamento devono risultare sia nell’offerta che nella attività di promozione e pubblicità e potranno essere richieste e ottenute anche se non risultino espressamente nel contratto utilizzato.

In particolare, poi, il *promotor* deve tenere a disposizione del pubblico una serie di dati e documenti tra i quali:

- i dati identificativi dell’impresa;
- i titoli giustificativi della proprietà dell’area su cui si sta costruendo con i dati d’iscrizione nel *Registro de la Propiedad*;
- tutto ciò che occorre per individuare ubicazione, superficie utile, parti comuni, misure antincendio di cui la costruzione è dotata;
- copia di licenze e autorizzazioni amministrative ottenute per la costruzione;
- regolamento di condominio proposto;
- prezzo totale di vendita, con inclusi gli onorari dell’agente immobiliare, l’Iva e la forma di pagamento con particolare e dettagliato riferimento ad eventuali possibilità di accollo di quote di mutuo;
- forma con cui si prevede di perfezionare il contratto e sue condizioni generali, facendo risultare espressamente che al consumatore non saranno richieste spese o

tributi che legalmente non gli competono, che è suo diritto ottenere una stipulazione mediante *escritura pública* ai sensi degli articoli 1280 e 1279 c.c. nonché scegliere il notaio.

Una particolare tutela è, poi, apprestata dalla citata L. 38/1999 (*Ley de Ordenación de la Edificación*) che prevede il caso di difetti nella costruzione.

Questa legge stabilisce che il costruttore e gli altri esperti coinvolti nell'edificazione sono responsabili:

- per un periodo di 10 anni per i danni derivanti da difetti nelle strutture della costruzione quali fondazioni o muri portanti,
- per un periodo di 3 anni per danni materiali prodotti da difetti negli elementi costruttivi o nelle dotazioni relative all'abitabilità (si pensi ai profili della salute, dell'igiene, dell'inquinamento, del risparmio di energia o isolamento termico e del rischio di crollo),
- per un periodo di un anno per difetti nelle finiture.

Le dette responsabilità devono per legge essere coperte da un'apposita polizza assicurativa che, nella prima transitoria fase di applicazione della legge, è operante solo per la responsabilità decennale. Il ruolo del notaio è centrale in tale ambito dovendo egli verificare che tale polizza sia stata sottoscritta prima della firma della *escritura de obra nueva*, che, come appresso si vedrà, rappresenta un altro momento centrale sia nella tutela dell'acquirente che, più in generale, nel procedimento di circolazione delle costruzioni, nell'accesso al credito per i costruttori e nel controllo dell'abusivismo edilizio.

Infine, ove siano pagati acconti sul prezzo di acquisto nella fase di costruzione (il che come detto è frequente), la L. 57/1968 prevede l'obbligo in capo al venditore di restituirli con gli interessi nel caso in cui la costruzione non inizi o non sia completata correttamente e nei termini, garantendo ciò con uno strumento assimilabile alla garanzia c.d. a prima richiesta rilasciate da una società di assicurazioni autorizzata. Al contempo le somme ricevute devono essere depositate dal costruttore in appositi conti "vincolati" e separate da somme derivanti da altre operazioni e possono essere utilizzate solo per la costruzione in relazione alla quale sono state corrisposte. Si tratta, tuttavia, di regole che sia per poca trasparenza nelle operazioni immobiliari, sia per scarsa conoscenza delle stesse, non sempre sono state e sono rispettate nella contrattazione privata tanto da non impedire il prodursi, qualche anno fa, di uno scandalo proprio su tale violazione che coinvolse un'impresa costruttrice partecipata dai sindacati dei lavoratori (UGT – *Unión*

General de Trabajadores).

Quanto fin qui descritto rappresenta, come detto, un'applicazione al tema dell'acquisto di immobile da costruttore della normativa generale in materia di protezione dei consumatori. A detto complesso di norme occorre aggiungere, come accennato, una particolare figura di atto notarile che l'ordinamento giuridico spagnolo richiede in teoria in termini meramente facoltativi ma che è, in pratica, sempre presente nelle operazioni di costruzione: la *escritura de obra nueva* della quale si tratteggeranno i profili essenziali.

La normativa in materia di *Registro de La Propiedad*, come detto strutturato in termini oggettivi, è impostata nel senso di rendere nota a mezzo della "iscrizione" nei pubblici registri (e in Catasto) una nuova costruzione mediante l'atto notarile relativo appunto alla *obra nueva*. In altri termini allorché su un terreno si realizza una costruzione al fine di collegare nei fogli del *Registro* il precedente bene con il nuovo - la costruzione - si provvede a redigere e "registrare", cioè pubblicizzare, un atto notarile che descrive sul piano fisico e catastale la costruzione sia essa una singola unità o un edificio. Dalla prospettiva strettamente legale è solo facoltativo dichiarare in atto notarile l'*obra nueva* e "registrarla" nel citato *Registro de La Propiedad*. In pratica poiché la costruzione anche in Spagna è per lo più finanziata da prestiti bancari ipotecari e le Banche per ragioni di certezza del diritto e prudenza la richiedono, tale tipo di atto è enormemente diffuso nella prassi.

La *escritura de obra nueva* può perfezionarsi sia a costruzione ultimata (ed è la soluzione preferibile perché fornisce maggiori certezze da subito) sia in corso di costruzione. La rilevanza nella presente nota di tale atto si spiega in relazione al fatto che da un lato essa consente di identificare esattamente la costruzione con le sue caratteristiche e la sua conformità urbanistica, dall'altro che come visto sopra è al formazione di un tale atto che occorre perfezionare l'assicurazione decennale ed il notaio è tenuto al controllo sulla sua esistenza e rispondenza ai requisiti legali.

Senza approfondire il discusso tema di cosa debba intendere per *obra nueva*, profilo che non sempre ha visto concorde la dottrina, si può precisare quanto segue:

- il titolo idoneo alla pubblicità per tale atto è, ancora una volta, il documento notarile fatte salve alcune eccezioni per il caso di costruzioni di pubbliche amministrazioni;
- esistono alcuni documenti che devono essere allegati o menzionati per una vali-

damente “registrabile” una *escritura de obra nueva* e su di essi si esplica il controllo e la responsabilità notarile: 1) la *licencia urbanística* o, in caso di mancanza di provvedimento espresso e di rilascio per *silencio positivo*, una corrispondente certificazione della pubblica amministrazione o l’istanza per il rilascio con la relativa documentazione e la prova del decorso del tempo per il maturare del detto *silencio*; 2) la certificazione di un tecnico competente (in particolare del direttore dei lavori) che descriva l’opera nei modi richiesti dalla legge e attesti che essa è conforme al progetto approvato; occorrerà fornire i dati di superficie, vani, numero di appartamenti e simili). Tale certificazione ha come equivalente la partecipazione all’atto del detto tecnico;

- ancora, se si tratta di *escritura de obra nueva* terminata occorre fornire prova al notaio e menzionare o allegare all’atto la sopra citata assicurazione decennale senza la quale l’atto non potrà essere ricevuto o “registrato”. Qualora per esigenze di finanziamento bancario si procedesse a perfezionare l’atto in discorso durante la costruzione la detta garanzia assicurativa non sarà necessaria – poiché non vi è un bene finito – ma occorrerà al termine dei lavori stipulare un atto ulteriore che confermi secondo quanto detto al punto precedente la regolarità urbanistica e sottoscrivere, menzionandola o allegandola all’atto notarile stesso, la copertura decennale. Per evitare costi eccessivi della stessa ma facili elusioni delle norme dall’altro, si è previsto che in caso di costruzione privata (si parla di chi costruisce per sé la casa come di un *autopromotor*) non occorre che nella *escritura de obra nueva* si includa la polizza assicurativa; essa dovrà essere stipulata ove si provveda alla vendita del bene entro i dieci anni dall’ultimazione.

Come si può notare sebbene sia diretta a molteplici scopi, la più volte citata *escritura de obra nueva* svolge o può svolgere, tra gli altri, tramite la certificazione del tecnico con conseguente responsabilità e la assicurazione decennale, una funzione di tutela degli acquirenti di immobili nuovi o “da costruire”. Ciò senza dimenticare la più generale utilità nella futura circolazione delle nuove costruzioni che un atto notarile di tal contenuto sicuramente svolge nel semplificare sia la ricerca e conoscenza dei titoli abilitativi del bene e la sua consistenza sia la trasformazione dei suoli. Ma, forse, la sua utilità si rivela più ampia in un sistema, quale è quello spagnolo, nel quale gli equivalenti dei nostri Registri immobiliari sono strutturati su base oggettiva e non soggettiva. Quanto alla comparazione tra la normativa e la prassi in Spagna e il corrispondente contesto italiano si può, conclusivamente, osservare come l’approccio sia notevolmente diverso

e, forse, di più ampia portata nella protezione dell'acquirente in Spagna. Sebbene anche lì sia sentito il problema dei rischi ai quali va incontro l'acquirente di immobili dal *promotor* e non siano mancati gli scandali né le critiche di fronte alle insufficienze delle regole, la circostanza che l'approccio per la sua protezione guardi non tanto o non solo all'elemento completamente o meno della costruzione ma all'essere l'acquisto diretto o no verso una *obra nueva*, consente una più difficile elusione delle regole. La loro generale portata per tutte le nuove costruzioni - al di là, quindi, di una negoziazione dinamica o statica, durante o appena finiti i lavori -, semplifica, almeno in questa visione superficiale, l'applicazione degli strumenti di protezione, cerca di conciliare le esigenze dell'impresa con quelle del consumatore non rischiando di paralizzare l'attività della prima (si pensi alla tesi interpretativa sul d.lgs. 122/2005 che reputa definitivamente confermato il divieto di stipulare atti ad esempio di permuta di cosa presente con cosa futura prima della richiesta del permesso di costruire) e rende più difficile l'aggiramento degli strumenti di protezione.