

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio 04.10.08.32/UE

## **Trasferimenti immobiliari: procedimento, prassi e costi negli USA**

*Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali l'8 ottobre 2004*

### **1. Trasferimenti immobiliari tra globalizzazione ed e-conveyancing**

L'imporsi della circolazione "globalizzata" di beni, servizi e soggetti ha interessato inevitabilmente anche il settore dei trasferimenti immobiliari.

Come in molti Paesi è già stato fatto, si rende perciò opportuno, se non addirittura inevitabile, comparare i vari sistemi legali di trasferimento, al fine di comprenderne le differenze e verificarne la compatibilità, anche in vista di una progressiva "armonizzazione" che potrebbe essere provocata – o comunque accelerata – dall'emergente aspirazione allo sviluppo del trasferimento immobiliare in forma elettronica (c.d. electronic "conveyance" o "e-conveyance").

Tale fenomeno, sul quale si tornerà oltre, sembra infatti svolgere un ruolo determinante in tutto il mondo quale stimolo alla rivalutazione e riforma dei vari sistemi nazionali di trasferimento dei diritti su immobili.

I quotidiani e diffusi riferimenti al mondo americano - la cui dominanza economica inevitabilmente ne fa elemento di paragone e comporta una tendenza all'assimilazione dei relativi modelli culturali, economici e legali - fanno ritenere opportuno prendere l'avvio dell'indagine comparativa proprio da tale ordinamento.

### **2. Premesse sistematiche e terminologiche**

E' noto che l'ordinamento americano si colloca nell'ambito della tradizione di diritto anglo-sassone (c.d. "common law"), che si contrappone alla tradizione "continentale" (o "civil law"), anche indicata come tradizione di "diritto scritto" <sup>(1)</sup>.

I due sistemi presentano differenze fondamentali e radicali, strettamente legate al diverso sviluppo storico-culturale dei due "mondi" contrapposti, e – fino all'instaurarsi definitivo e crescente del fenomeno indicato come "globalizzazione" – sono rimasti tra loro piuttosto distanti.

La relativa "novità" di tali ordinamenti per il "civil lawyer" rende probabilmente opportuno – prima di passare alla comparazione dei trasferimenti immobiliari che ci si propone – svolgere alcune premesse e precisazioni che consentano di interpretare univocamente i termini ed i concetti nel prosieguo utilizzati. Ciò per evitare che, oltre alle difficoltà derivanti dalla mancata familiarità con principi spesso opposti a quelli tradizionali della "civil law", si possa incorrere in errori provocati da disguidi terminologici <sup>(2)</sup>.

1. "Common law". La locuzione può assumere due diverse accezioni. In generale - come sistema di diritto anglo-sassone contrapposto al sistema di diritto continentale - essa indica sinteticamente gli ordinamenti che ne condividono gli aspetti caratterizzanti (diritto di creazione giurisprudenziale; preminenza della prova orale; adozione, in principio, del criterio rigorosamente formale nella conclusione dei contratti; concezione fortemente individualista e privatistica del diritto; tendenza ad imporre obblighi e doveri indipendentemente dalla volontà delle parti – c.d. "fiduciary duties" - assenza di elaborazione concettuale generalizzante ed astratta). In una seconda accezione, invece, ci si riferisce alla "common law" come fonte di diritto (nell'ambito di quegli ordinamenti) concorrente e parallela alla "equity", entrambe di creazione giurisprudenziale e di pari livello gerarchico. In particolare è importante sottolineare e ricordare che l'"equity" è nata con - e continua a mantenere - una natura protettiva, rivolta a dare protezione all'"interest" che il giudice considera meritevole di tutela in base a ciò che è "giusto e ragionevole", prescindendo totalmente dalla qualificazione giuridica propria dell'interesse <sup>(3)</sup>.

Dalla concorrente e paritaria presenza delle due fonti citate ("common law" ed equità, c.d. *duplex ordo*) discende che il contenuto concreto delle singole situazioni giuridiche (attive e passive) risulta composto contemporaneamente da "legal rights and remedies" (scaturenti dalla "common law") e da "equitable rights and remedies" (scaturenti dalla "equity").

Tendenzialmente (ma molto tendenzialmente) i primi sono opponibili *erga omnes*, a qualsiasi terzo, mentre i secondi sono opponibili solo nell'ambito di certi rapporti ovvero, il più delle volte, sono anch'essi opponibili a tutti i terzi tranne che al terzo acquirente di buona fede a titolo oneroso (*bona fide purchaser for value*; in sigla indicato come BFP, sul quale si tornerà oltre) <sup>(4)</sup>.

Per quanto attiene alla "real property" in particolare, la suddetta distinzione si specifica tra "legal estates ed interests", da un lato, e "equitable interests"

dall'altro, anche qui ponendosi – tendenzialmente - in termini di opponibilità. I primi sono opponibili a qualunque terzo, a prescindere dalla conoscenza che questi ne abbia, mentre gli "equitable" – salvo che siano stati "registrati" – (tendenzialmente) non sono opponibili al terzo (ma si vedano poi gli effetti della "conversion" in "constructive trust"; nonché i molti interessi "equitable" che sono comunque considerati opponibili *erga omnes* – c.d. "overriding interests" o "special interests").

Quanto al rapporto di tali fonti con la legge di fonte "parlamentare" <sup>(5)</sup> (pure in ampia crescita in tutti i Paesi anglosassoni, soprattutto gli USA), entrambe le fonti giurisprudenziali sono prevalenti – di fatto – sul diritto "parlamentare" (statute law), che rimane fonte secondaria e sussidiaria. Infatti, per quanto si affermi (in attuazione del principio della "supremazia del Parlamento") che, in caso di contrasto tra statute law e "common law" od "equity", prevale la prima, in realtà il giudice, in caso di contrasto, applica il principio generale per cui – se non diversamente ed espressamente previsto - si presume che la statute law non intenda derogare alla "common law", e quindi interpreta la statute law alla luce, in conformità ed in armonia rispetto alla "common law".

La statute law, quindi, può finire per assumere il contenuto che il giudice le assegna (e che può essere ben diverso da quello originariamente voluto).

E' importante, quindi, che il "civil lawyer" sia attento a non guardare alla statute law come alla legislazione "civile", in quanto la statute law - se non si tiene conto dei "precedents" su cui si basa e dell'interpretazione che il giudice ne ha dato - può essere seriamente fuorviante.

2. Conveyance. Il termine "conveyance" ha ugualmente una duplice valenza. In una prima accezione, esso indica l'intero procedimento (articolato e complesso) da cui scaturisce il trasferimento di diritti su immobili.

In una seconda accezione, esso rappresenta l'atto formale unilaterale (nella forma di deed, cioè di atto storicamente "under seal") la cui consegna all'acquirente conclude la procedura, perfezionando il trasferimento della "legal estate". Il "deed under seal" <sup>(6)</sup> è l'atto formale tipico del diritto anglosassone, ma è atto esclusivamente privato in nessun modo riportabile all'atto pubblico continentale. La nozione di atto pubblico, con la forza probatoria che lo caratterizza, negli ordinamenti anglosassoni è riconducibile solo alle leggi statali ed agli atti giudiziari in senso lato <sup>(7)</sup>.

Conseguentemente, il "common law" non conosce il concetto di "fede pubblica" né – nel significato previsto dal "civil law" – il "registro pubblico". I registri pubblici anglo-sassoni, cioè, sono "pubblici" solo nel senso che chiunque può accedervi ma il loro contenuto non assume (salve specifiche eccezioni) la valenza "probatoria" che il "civil law" indica, appunto, come "fede pubblica". Es-

si, quindi, in sostanza sono semplicemente "pubblici archivi", e ciò per la natura essenzialmente privata degli atti che vi sono "archiviati", che esclude, in sostanza, qualsiasi "controllo legalmente rilevante" sul loro contenuto e sulla loro stessa provenienza soggettiva.

3. Il sistema anglosassone di trasferimento immobiliare è formalistico e rigoroso, ma – almeno nella "conveyance" tradizionale, a partire dalla fine dell'epoca medievale – esclusivamente privato <sup>(8)</sup>.

Mentre in Inghilterra, però, con la previsione della procedura di "registered conveyance" <sup>(9)</sup> lo Stato ha assunto un suo ruolo e profilo di intervento, negli Stati Uniti il procedimento rimane esclusivamente e totalmente privato.

4. In generale bisogna ricordare che i principi del "common law" possono avere un significato reale profondamente diverso da quello apparente (per il "civil lawyer"), che si può cogliere solo se rigorosamente collocato in un preciso ed imprescindibile contesto storico. Ad esempio, come detto il "common law" enuncia da sempre, in materia di fonti normative, il principio della "supremazia del Parlamento". In realtà, come precisato e già noto, in esso il diritto è essenzialmente di creazione giurisprudenziale. Ciò è spiegato dal fatto che, storicamente, i giudici anglosassoni hanno sempre rappresentato la "emanazione" del Parlamento (cioè del potere popolare) in contrapposizione al potere regio <sup>(10)</sup>.

### **3. I diritti immobiliari nei sistemi di "common law"**

Passando alla materia del trasferimento immobiliare, è importante ricordare che il mondo di "common law" non conosce una concezione di "diritto reale" analoga alla nostra.

Il diritto di proprietà quale "diritto reale, assoluto ed immediato" sul bene - come da noi conosciuto - non esiste <sup>(11)</sup>. Ciò deriva, storicamente, dalla tradizionale concezione (che permea tuttora la "visione giuridica" anglosassone) per cui "la terra appartiene al sovrano". Tutti gli altri soggetti hanno, in relazione ad essa di essa, solo dei "poteri" ( "interessi") – del più svariato tenore e contenuto – che però implicano esclusivamente una "tenure", una relazione personale (nel linguaggio del "civil lawyer" si parlerebbe di valenza personale) <sup>(12)</sup>.

Il contenuto dei diritti su immobili viene indicato – sommariamente – come "estate" (ovvero come "interest"), ed è definito come "fascio di poteri" sul bene (un "fascio di rametti", nella loro configurazione visiva) <sup>(13)</sup>.

E' inoltre importante ricordare chiaramente che esistono due fonti concorrenti ("common law" ed "equity", come già detto di contenuto reciprocamente integrativo e spesso, proprio perciò, opposto) che, appunto, "concorrono" a formare e configu-

rare il contenuto normativo delle situazioni giuridiche attive e passive (diritti ed obblighi).

Senza soffermarci oltre sul punto, tutto ciò comporta:

- che non esiste, in materia di diritti su immobili, il concetto di "numerus clausus", nel senso che le "facoltà" a ciascun soggetto spettanti sul bene possono essere le più varie (anche se poi, per esigenze intuibili di certezza, nel procedimento di registered "conveyance" introdotto nel 1925 in Inghilterra sono stati "riconosciuti" solo due "legal" *estates* ("freehold" – o "fee simple"- ; e "leasehold", entrambi conosciuti anche il sistema americano) <sup>(14)</sup>;
- che sullo stesso bene possono perfettamente coesistere molti "poteri" diversi, anche di contrapposto contenuto, spesso di fonte diversa (alcuni di "common law" ed altri di "equity", come vedremo poi proprio nell'ambito del procedimento di trasferimento immobiliare <sup>(15)</sup>;
- l'opponibilità ai terzi non si fonda su un sistema di pubblicità assimilabile a quello di "civil law", bensì – tendenzialmente – sulla fonte del diritto trasferito (nel senso che – salvo quanto più oltre precisato – sono opponibili *erga omnes* gli "interests" *at law*, mentre non lo dovrebbero essere quelli protetti dall'"equity"); la "conoscibilità legale" offerta dai "registri immobiliari come conosciuti nei paesi di "common law" costituisce, per lo più, solo uno dei presupposti la cui assenza consente – nel conflitto tra più acquirenti dello stesso diritto - di identificare l'acquirente "di buona fede" al quale garantire protezione e preminenza nell'acquisto (purché a titolo oneroso) <sup>(16)</sup>.

Da ultimo può essere utile ricordare che i paesi di "common law" (e l'Inghilterra in particolare), pur nella totale assenza di un sistema basato sull'atto pubblico, sulla fede pubblica dei pubblici registri immobiliari e sulla tranquillizzante "tipicità" dei diritti reali, hanno conosciuto e conoscono una notevole "sicurezza" dei trasferimenti immobiliari (come in altri settori) grazie ad alcuni elementi caratterizzanti della loro tradizione culturale. In estrema sintesi, probabilmente ciò è riconducibile:

1. alla continuità storico-politico-culturale dell'ordinamento giuridico;
2. all'influenza, preparazione etico-culturale ed efficienza del loro sistema giudiziale, che rende possibile ed effettivamente sufficiente ed "efficiente" (in termini di costi) una tutela "ex-post", in sede contenziosa.

Queste, tuttavia, sono condizioni "ambientali che possono apparire non facilmente "esportabili" né ripetibili nell'ambito di altri Paesi e, quindi, potrebbero essere viste – oltre che come punto di forza - anche come punto di debolezza del modello anglo-sassone, gli stessi studiosi anglo-sassoni, peraltro, ricollegano al modello anche aspetti che sono criticabili:

1. è un diritto "creato *ex - post*", dal giudice, quindi senza alcun rispetto per il

valore della certezza del diritto che - sempre più con la globalizzazione - è invece avvertito ovunque come valore fondamentale;

2. è un diritto creato dal "giudice", non dal Parlamento: il che, in paesi che affidano a quest'ultimo la tutela dei fondamentali valori democratici, non è facilmente accettabile (ed infatti questo rilievo è spesso svolto anche nell'ambito americano, dove evidentemente la storia ha slegato l'originario legame "giudice-parlamento").

#### **4. Sintesi sul procedimento (teorico) di trasferimento immobiliare in "common law"**

L'analisi del sistema di trasferimento immobiliare americano non può prescindere da qualche sintetico richiamo di carattere generale al modello teorico anglosassone, sia in relazione al procedimento di trasferimento, sia in relazione al procedimento di sua "pubblicità". Come vedremo, è forse quest'ultimo, anzi, l'ambito in cui si rilevano le più significative differenze.

Premesso che in relazione alla circolazione immobiliare anche il mondo anglosassone ha sempre visto come obiettivi imprescindibili (sia pure implicitamente tra loro contrastanti) da un lato la certezza del trasferimento e dall'altra la sua rapidità, esso ha finora scelto di darvi attuazione mediante l'adozione del criterio del rigoroso formalismo <sup>(17)</sup>.

Nel mondo anglosassone (se si vuole in una certa continuità rispetto al modello romano arcaico), una volta poste in essere le "forme" previste per il trasferimento, questo era (ed è) da considerarsi attuato *tout court*.

Ciò comporta in principio (anche se di fatto con notevoli attenuazioni):

1. valore assoluto del procedimento formale, rigorosamente disciplinato (ma, come detto, esclusivamente privato, almeno nel sistema tradizionale inglese ed ancora nel sistema americano);
2. rilievo quasi inesistente della volontà e dei suoi vizi (temperato in "equity" dal principio "non est factum");
3. prevalenza del principio "caveat emptor", quindi con responsabilità del venditore -configurata in termini di obbligo di "trasparenza" (disclosure) - solo per i vizi legali non visibili del titolo, con corrispondente onere dell'acquirente di preoccuparsi di verificare tutto il resto. Il sostanziale disinteresse per la tutela del contraente che il "civil law" considera "debole" è ancor oggi, in effetti, tratto caratteristico dell'intero sistema anglosassone, dove è del tutto assente il pensiero che lo "Stato" (cioè un'autorità centrale) si preoccupi di tutelare il singolo nello svolgimento delle sue transazioni private <sup>(18)</sup>. Mentre, cioè,

l'acquirente italiano, anche di assenza di espresse assunzioni di responsabilità da parte del venditore, è protetto dalla disciplina dettata dal codice civile in materia di garanzia per vizi ed evizione, l'acquirente americano deve – autonomamente ed individualmente – provvedere a tutelarsi per tali profili <sup>(19)</sup>.

Sotto il profilo più strettamente procedurale - e volendo fare una comparazione con il sistema di "civil law" - è noto che in quest'ultimo si sono contrapposti due modelli: quello francese, basato sul principio del consenso traslativo accompagnato (e profondamente attenuato) dal sistema pubblicitario della trascrizione (che applica una registrazione personalistica, corrispondente al "name-index" del "recording" americano, come si vedrà infra); e quello tedesco, che invece prevede un effetto solo obbligatorio del contratto con necessaria fase ad efficacia costitutiva di registrazione nel registro fondiario (che applica una registrazione su base reale, corrispondente al "parcel-index" del "recording" americano, come si vedrà ancora infra).

Con ampia approssimazione, si potrebbe dire che il modello inglese si avvicina al modello tedesco, nel senso che ha mantenuto la distinzione tra contratto di vendita (regolato dal diritto delle obbligazioni) ed atto formale di trasferimento (regolato dalla "law of property").

Proceduralmente, infatti, esso si basa sulle seguenti diverse fasi:

- "Contract" (accordo tra le parti che non corrisponde però esattamente al nostro contratto) ad efficacia : *a*) obbligatoria per la "common law" (at law) ed invece *b*) già "reale" – in senso civilistico - per l'"equity", per applicazione della "conversion rule" e la conseguente creazione di un "constructive trust" legale. Il che comporta, cioè, il riconoscimento – al futuro acquirente – della "equitable ownership" e del conseguente rimedio del "tracing" (che consiste nella possibilità di far conseguire all'acquirente ciò che gli spetta anche nei confronti del terzo acquirente. Ciò, tuttavia, a volte assume vera connotazione reale, mentre altre, invece, si trasforma nel diritto al prezzo ottenuto dal venditore che ha illecitamente alienato a terzi) – Esclusivamente per una prima approssimativa comprensione (ed in realtà non corretta assimilazione) potremmo avvicinarne gli effetti a quelli di una vendita con riserva della proprietà;
- "investigation of title". E' il periodo intermedio dedicato alla valutazione della legittimazione del venditore ed alla determinazione della esatta configurazione dei diritti da questi trasferiti. Questa costituisce la fase più insicura, complessa e costosa della procedura anglo-sassone, le cui difficoltà sembrano riportabili, essenzialmente, *a*) al numero tendenzialmente illimitato di "diritti sui beni immobili", che rende estenuanti le ricerche sul contenuto effettivo del diritto trasferito, a tutela dell'acquirente e dei terzi; *b*) alla mancanza di "tassatività" dei titoli che sono "annotabili" nei registri immobiliari (cioè alla mancanza di

una dettagliata ed esclusiva identificazione legale dei titoli/documenti e del contenuto dei diritti trasferiti); nonché c) alla mancanza di un registro centralizzato facente "pubblica fede", della cui completezza, accuratezza e precisione qualche soggetto "pubblico" assuma la responsabilità <sup>(20)</sup>;

- "Conveyance", e' l'atto formale di trasferimento del diritto "at law" ("legal estate") posto in essere tramite – obbligatoriamente – un "deed" (atto formale c.d. "under seal"); atto unilaterale la cui consegna – almeno nel sistema tradizionale – trasferisce l'"estate" <sup>(21)</sup>.

## **5. Cenni sui sistemi di "conoscibilità" delle transazioni immobiliari nei sistemi di "common law"**

La sintesi proposta era tesa a rendere più chiara la struttura dei costi delle transazioni immobiliari anglo-sassoni, dato che altrimenti – facendo riferimento solo ad uno di questi passaggi – se ne potrebbe avere una rappresentazione del tutto fuorviante.

Tuttavia, un'analisi dei costi economici del trasferimento immobiliare non può prescindere dalla valutazione, almeno embrionale, anche del grado di sicurezza finale del sistema di trasferimento, e, cioè, di quale sia la sua efficienza in termini di "opponibilità" del trasferimento stesso. O, in altri termini, di quale sia il livello di ottimizzazione raggiunto nel rapporto costo/benefici in relazione alla identificazione e protezione della titolarità e del contenuto dei diritti immobiliari <sup>(22)</sup>.

Purtroppo, nuovamente la difficoltà di riportare con una certa fedeltà concetti e nozioni che sono spesso distanti da quelli dei sistemi civilistici – e che nel loro stesso sistema mancano di un vero inquadramento sistematico - impone inevitabilmente un'attenzione abbastanza puntuale per il dettaglio, senza il quale più facile potrebbe essere cadere in equivoci concettuali <sup>(23)</sup>.

Bisogna, infine, avvertire che il tentativo di sintesi sulle caratteristiche dei sistemi di "conoscibilità" dei diritti su immobili che qui si propone ha solo il limitato obiettivo di riportare una visione d'insieme sufficientemente corrispondente – nei caratteri fondamentali - alla variegata realtà anglosassone.

### **5.1.**

Ciò premesso, si deve anzitutto ricordare che il mondo anglosassone conosce, tendenzialmente, due diversi sistemi di "conoscibilità" dei diritti su beni immobili:

a) il "recording" (che liberamente qui si traduce con "archiviazione" o "annotazione") <sup>(24)</sup>; e

b) il "registration" o "Torrens system", che liberamente si traduce con "regi-

strazione" o "trascrizione", che verrà esaminato nel prosieguo <sup>(25)</sup>.

In molti Paesi anglo-sassoni i due sistemi convivono parallelamente.

Per quanto più qui interessa, peraltro, bisogna sottolineare che mentre il "recording" vige in tutti gli Stati Uniti, il secondo – che ad un certo punto è stato adottato, a fianco del primo, in circa venti Stati – è stato successivamente abrogato in molti di essi, e risulta ancora presente solo in una decina di Stati <sup>(26)</sup>.

## 5.2. II "recording"

Il "recording System" americano può, nella sua essenza, essere definito come un "deposito", un "archivio" di documenti relativi a diritti su beni immobili e, in sintesi, presenta le seguenti caratteristiche:

- a) è organizzato su base regionale (ogni Contea ha il proprio "Record Register"); ma non esiste un sistema di "conservazione" statale né, tantomeno, centralizzato e federale;
- b) i documenti vi vengono "depositati" su richiesta delle parti, e l'unico compito dei dipendenti del registro è di archivarli e conservarli;
- c) la richiesta di "deposito e conservazione" ("recording") è del tutto facoltativa: il "recording" è, al più, un onere, ma (negli USA) <sup>(27)</sup> mai un obbligo;
- d) l'archiviazione può avvenire sia su base personale ("name – index") che su base "reale" ("tract" o "parcel index");
- e) non è chiaramente delimitato il numero e/o il tipo di atti che possono essere "depositati", e l'analisi dei "cases" mostra una notevole "variabilità", da parte dei giudici, nell'ammettere o, al contrario negare, la "depositabilità" degli atti;
- f) come già sopra indicato, non esiste un "numero chiuso" di diritti (*rectius*: situazioni soggettive attive di pretesa sui beni immobili), e molti – oltre a non "dover" essere "annotati" per essere opponibili – trovano la loro fonte nell'"equity", quindi neppure potrebbero essere annotati;
- g) l'efficacia di "conoscibilità legale" del "record" – di cui oltre si preciserà la portata - non deriva da un unico registro, bensì può essere – e viene spesso – ricollegata a quanto "archiviato" in più "Registri", anche privati, purché teoricamente accessibili al pubblico.

Il Registro dello Stato o della Contea, quindi, di per sé non contiene alcuna "affermazione" circa la posizione soggettiva attiva spettante ad un soggetto su un certo immobile.

Chi indaga sulla proprietà ed altri diritti su immobili deve visitare l'"Archivio", individuare, scegliere e leggere i documenti che vi sono depositati e – in base alle proprie personali conoscenze della "property law" - inferire quale sia il contenuto

del diritto di una certa persona su un certo immobile, ed a quali concorrenti o contrastanti pretese sia assoggettato.

Sostanzialmente, ed anticipando quanto emerge dai dati di seguito riportati, il "recording" tradizionale ha un puro valore "indiziario", nel senso che colui che ha – o acquista – un diritto "recorded" corre comunque il rischio di veder prevalere un diverso diritto – non "recorded" – che prevale, per varie ragioni, in forza della sua priorità temporale o della sua fonte.

Il "recording" cioè, non ha valore definitivo nella determinazione della titolarità e/o del contenuto dei diritti su beni immobili.

### 5.2.1 L'efficacia giuridica della annotazione

L'efficacia giuridica della "annotazione", nel sistema americano, è riportabile al concetto di "conoscibilità legale" del titolo da parte dei futuri acquirenti.

Per comprendere l'effettiva portata di tale affermazione è indispensabile ricordare qualche ulteriore caratteristica del sistema anglo-sassone di trasferimento immobiliare.

La regola di base per l'acquisto del diritto sull'immobile è, in principio, la priorità temporale ("first in time is first in right" – *prior in tempore potior in iure*).

In base a tale principio, se O vende ad A e successivamente a B lo stesso diritto, solo A dovrebbe davvero "acquistare" il diritto, mentre B dovrebbe avere solo una tutela risarcitoria verso O <sup>(28)</sup>.

Per il concorso della "annotazione" (ovvero della sua assenza), si può, però, pervenire al risultato opposto, dando prevalenza all'acquisto (sia pure "a non domino") di B".

Perché si pervenga a tale risultato, si fa riferimento a due presupposti, vale a dire:

- a) mancanza di "annotazione" da parte di A;
- b) requisiti che devono sussistere in capo di B per ottenere l'acquisto.

Mentre, però, il requisito *sub a)* è comune in tutti gli Stati, quello *sub b)* è variamente disciplinato, tanto da consentire l'individuazione – sotto tale profilo – di ben tre diversi sistemi.

Con riferimento ai requisiti dell'acquisto di B, infatti, nei vari Stati si distingue tra:

1. sistemi "notice";
2. sistemi "notice-race";
3. sistemi "race".

Nel sistema "notice" (adottato in circa metà degli Stati), B prevale se i) è un

“acquirente di buona fede” e ii) l’acquisto avviene a titolo oneroso.

Va immediatamente precisato, peraltro, che l’individuazione dei due requisiti è profondamente diversa da quella familiare ai “civil lawyers”, come si cercherà di illustrare meglio più oltre.

In presenza di tali requisiti, B prevale indipendentemente dal fatto che abbia – o non - “annotato” il proprio acquisto.

Nel sistema “notice-race” (adottato dalla maggioranza della restante metà degli Stati) ai due requisiti dell’acquisto di buona fede e di sua necessaria onerosità si aggiunge - perché B possa prevalere - che egli abbia anche “annotato” per primo il proprio titolo. In altri termini, finché B non annota, è prevalente l’acquisto di A. Se, quindi, A sua volta trasferisce a C, ugualmente acquirente di buona fede, quest’ultimo prevarrà anche verso B.

Nel sistema “race” puro, invece, nessun rilievo ha lo stato soggettivo di buona fede di B, mentre è rilevante solo la priorità della “annotazione” tra A e B. Il sistema è tuttavia adottato da un numero nettamente minoritario di Stati.

### **5.2.2. L’acquirente di Buona fede ed a titolo oneroso** (c.d. Bona Fide Purchaser For Value, o in acronimo BFP )

Come visto, in deroga alla regola della poeriorità dell’acquisto in base alla sua priorità, nei sistemi “notice” e “notice-race” il terzo acquirente (“a non domino”) può prevalere nell’acquisto se si tratta di acquirente *a)* di buona fede; e *b)* a titolo oneroso, a cui viene riconosciuto lo “status” di “bona fide purchaser for value” (in sigla BFP status).

La regola trova la propria origine (ed ancora attuale corrispondenza) nella “equitable doctrine” del “bona fide purchaser for value” (in sigla BFP doctrine).

Lo status di BFP presuppone il concorso di due elementi:

- a)* la buona fede, vista consistere nella “mancanza di notizia” (“with no notice”);
- e
- b)* il titolo oneroso, cioè il pagamento di “valuable consideration”.

E’ opportuno soffermarsi brevemente sulla loro esatta individuazione giudiziale, ricordando che i giudici, nel sistema anglo-sassone, non interpretano la norma, bensì la creano <sup>(29)</sup>, determinandone l’effettivo contenuto. I risultati, infatti, possono riservare al “civil lawyer” più di qualche sorpresa.

**A)** Prendendo avvio dal requisito dell’“acquisto a titolo oneroso”, senza potersi soffermare sui singoli casi, si può infatti sintetizzare quanto segue:

- a)* pur non essendo necessario il pagamento di un prezzo (potendo consistere anche in altra prestazione), non è sufficiente a realizzare il presupposto il pa-

gamento di qualsiasi corrispettivo, venendo invece richiesto che si tratti di un valore "sostanziale" (pur essendoci poi notevole disaccordo sulla concreta determinazione);

- b) il presupposto non è considerato sussistente se, invece di una "effettiva dazione" (anche se non solo di denaro) venga assunto una obbligazione di pagamento, né la concessione di ipoteca o altro privilegio per garantire il pagamento;
- c) ciò ha portato, ad esempio, a considerare non sussistente l'onerosità (e quindi negata protezione) alla banca che – a fronte di un precedente rapporto originariamente non garantito - si sia fatta concedere ipoteca senza alcuna modificazione (che potesse dirsi onerosa per la banca stessa) dell'originario rapporto (ad esempio, sarebbe stato necessario che la banca avesse concesso una dilazione per la restituzione, o avesse rinunciato ad intraprendere un'azione giudiziale, o avesse abbandonato un'azione intrapresa). Tale ipoteca, mancando il carattere dell'onerosità (e quindi non realizzandosi il BFP status della banca) è soccombente rispetto a qualsiasi precedente trasferimento (o costituzione di altro diritto e/o privilegio) - anche non "annotate" nel record - che il debitore abbia fatto rispetto al bene ipotecato <sup>(30)</sup>;
- d) perché sussista onerosità il pagamento deve, come detto, essere contestuale al trasferimento. Ciò ha fatto ritenere insussistente - e quindi lasciato senza protezione rispetto ad altri trasferimenti o diritti anteriori non annotati – chi accetta una "dazione in luogo di pagamento" (*datio in solutum*). Se, cioè, il creditore, in luogo di una prestazione diversa pattuita originariamente, accetta in pagamento un immobile – così cancellando il precedente debito del proprio debitore – le corti ritengono che egli non abbia pagato nulla, Egli, perciò, non viene considerato acquirente a titolo oneroso ai fini della opponibilità del suo acquisto, che perciò soccombe.

**B)** Quanto al requisito della "buona fede", essa sussiste laddove il terzo acquirente "non abbia conoscenza" del precedente (contrastante, incompatibile e/o riduttivo) diritto altrui.

Il sistema americano però (non molto dissimilmente da quello inglese) si fonda, in principio, sulla regola della "inquiry notice", che può tradursi come "onere di informazione".

Il sistema, cioè, parte dal presupposto che colui che abbia in qualsiasi modo acquisito qualsiasi informazione che suggerisca l'esistenza di precedenti trasferimenti (o costituzione di altri diritti che limitano quello che si vuole acquistare) debba ragionevolmente approfondire l'indagine.

In base a ciò, qualsiasi "indizio" che derivi dai "records"; ovvero dallo stato di "possesso di fatto" in cui si trovi un soggetto diverso dal disponente; ovvero dalle

risposte ottenute alle proprie domande rivolte al trasferente deve indurlo ad approfondire l'indagine.

Questa posizione ha portato ad elaborare tre diverse nozioni di "conoscenza/conoscibilità", la cui sussistenza escluderebbe quella "buona fede" necessaria per conservare il proprio diritto rispetto a quelli di altri, seppure non "annotati".

Si parla, infatti, di :

1. conoscenza effettiva, di qualunque fonte ("actual notice");
2. conoscenza presunta di fatti che sarebbero stati evidenti se si fosse ispezionato effettivamente il bene e si fossero efficacemente interrogati coloro che ne sono nel possesso ("constructive notice of facts");
3. conoscenza presunta di informazioni che sono contenute in "registri pubblici" (per tali intendendosi solo la loro accessibilità al pubblico) ("constructive notice of information").

La conoscenza effettiva può derivare da qualunque fonte, ed esclude in via assoluta ed incontrovertibile la "buona fede" (ed il conseguente BFP status). Non si richiede che sia esaustiva o precisa, basta – in realtà – anche un indizio qualunque, derivante da un commento casuale (che avrebbe dovuto comunque indurre ad approfondimenti).

La conoscenza presunta di fatti è per lo più collegata al possesso di fatto che un soggetto diverso dal trasferente abbia rispetto al bene, e viene rilevata quando l'acquirente non abbia adeguatamente interrogato il possessore circa la natura, l'estensione, il contenuto ed i limiti del suo diritto di possedere <sup>(31)</sup>.

Ad esempio, se il possessore è un precedente titolare che ha trasferito il titolo di recente, non è protetto l'acquirente che, invece di approfondire, erroneamente ritenga che il permanente possesso dell'ex-titolare sia una temporanea concessione del proprio dante causa che ha lasciato il possesso "grazioso" al precedente alienante per consentirgli di trovare una diversa sistemazione (mentre in realtà vige tra i due un contratto di affitto, che dà, quindi, al conduttore un diritto preminente).

Ma non è protetto neppure colui che, acquistando un bene "occupato" da un conduttore, abbia esaminato solo l'originario contratto di affitto (senza interrogare ulteriormente il trasferente e/o il conduttore), e si veda poi opporre un più lungo termine (o altre deteriori pattuizioni) che sono state accordate successivamente (anche solo oralmente) tra il trasferente ed il conduttore o, addirittura, un diritto di opzione di acquisto a favore del conduttore (diritto che nel sistema prevale sul suo acquisto, non qualificabile, appunto, come acquisto di buona fede) <sup>(32)</sup>.

La conoscenza presunta di informazioni, come detto, è la terza ipotesi di "conoscibilità presunta" – tale da escludere lo status di acquirente di buona fede e, quindi, la relativa protezione – e fa riferimento a tutti i "dati" che sono contenuti in "registri pubblici" (i "records", appunto).

Ciò significa, detto in altri termini, che la "annotazione" di un qualsiasi dato in un "record" di regola ha l'effetto di rendere legalmente noto all'acquirente che qualcuno prima di lui ha già acquistato, in tutto o in parte, lo stesso diritto dalla stessa persona sullo stesso bene, con ciò consentendogli di identificare esattamente quale sia il contenuto del diritto che gli è trasferito. Con riferimento a tali "dati", quindi, l'acquirente non può dirsi in buona fede, né godere della relativa protezione.

Al contrario, il mancato "rilievo" di altri "interessi" dai "records" dovrebbe consentire all'acquirente di ritenere che non ci siano interessi a lui opponibili.

Tale ultima affermazione, che sembra banale, in realtà può non trovare così lineare corrispondenza nella realtà giudiziale <sup>(33)</sup>.

Infatti, è possibile che un atto "annotato" faccia un riferimento - anche impreciso, sfuggente, incompleto - ad un diverso precedente titolo (e, quindi, diritto) di altri, e la regola della "constructive notice" comporterà che a tale titolo venga giudizialmente riconosciuta prevalenza ed opponibilità rispetto al più recente acquirente, il quale - dai records - ne avrebbe potuto avere notizia e, quindi, avrebbe dovuto indagare. Tali diversi diritti, quindi, anche se non "annotati", avranno prevalenza.

Va precisato, ulteriormente, che la nozione di "conoscibilità legale" (constructive notice) - che esclude la buona fede e quindi la protezione dell'acquirente - può derivare dalla "menzione" del (prevalente) diverso diritto non solo nei registri immobiliari, bensì anche in uno qualsiasi dei vari e possibili "registri accessibili al pubblico", quali i registri tenuti da uffici finanziari, tributari, giudiziali, (anche se tale conoscibilità è certamente più teorica che attuale) <sup>(34)</sup>.

Sono esempi di "interests" opponibili anche al terzo acquirente a titolo oneroso (pur non risultando dai "records" immobiliari):

- a) i legati e le successioni legittime intestate (che potrebbero essere rinvenuti nei tribunali che si occupano dell'"estate", in questo caso inteso come "patrimonio ereditario" prima dell'assegnazione all'erede) <sup>(35)</sup>;
- b) i diritti di espropriazione pubblica;
- c) i diritti spettanti al "trustee" sui dei beni appartenenti ad un fallito <sup>(36)</sup>, diritti che gli sono attribuiti *ex lege* senza necessità di annotazione, ma senza dubbio opponibili a chiunque (il trust può risultare, tuttavia, dal Registro Cronologico del Tribunale Fallimentare) <sup>(37)</sup>.

E' importante precisare, infine, che lo status di BFP non protegge assolutamente nei confronti di titoli nulli per difetti "radicali", quali l'essere falsi, o procurati fraudolentemente, o sottoscritti da un incapace, o mai "consegnati" (secondo le norme che, nel sistema, stabiliscono quando un documento può legalmente considerarsi "consegnato") <sup>(38)</sup>. Tali difetti "radicali" non possono evidentemente essere rilevati dal titolo "recorded", eppure ne inficiano definitivamente ed irrimediabilmente la validità ed efficacia, impedendo l'acquisto di qualsiasi diritto anche a favore del

terzo acquirente di buona fede a titolo oneroso.

In conclusione, lo status di "acquirente di buona fede a titolo oneroso" (BFP) è quantomeno elusivo, ed i casi giudiziali (cioè le norme di diritto giurisprudenziale) mostrano una certa propensione dei giudici a trovare ingegnosi motivi per far comunque prevalere la regola della pozziorità dell'acquisto precedente, a prescindere dalla sua "annotazione".

Può essere interessante riportare, come esempio di queste posizioni giudiziali, il caso *Messersmith v. Smith*, in cui il tribunale ha appunto negato la protezione dell'acquisto di buona fede all'avente causa che aveva "annotato" il proprio titolo per difetto del titolo precedente, anch'esso formalmente "annotato".

In tale fattispecie, in particolare, il dante causa aveva "autenticato" ("acknowledged") il proprio acquisto telefonicamente e non, invece, apparendo di persona davanti al "*public notary*" che doveva ufficializzare tale "autenticazione" (c.d. "acknowledgement") <sup>(39)</sup>.

I giudici ritennero che la irregolarità dell' "acknowledgement" deprivasse l'avvenuta "annotazione" di ogni valenza giuridica, e quindi che anche il titolo del successivo avente causa dovesse ritenersi inefficace, dando prevalenza ad un precedente acquirente non "annotato" (quindi in effetti in conoscibile da parte dell'altro avente causa), in pura applicazione della regola della pozziorità del diritto priore.

### **5.2.3. Diritti su immobili opponibili, ancorché esclusi dal sistema della "annotazione"**

Oltre a ciò che si è finora osservato, un ulteriore "limite" all'efficacia giuridica riconosciuta alla "annotazione", può ravvisarsi nel fatto, già ricordato, che non tutti gli "interests" opponibili - cioè le posizioni soggettive attive su beni immobili - devono, o addirittura possono, essere inseriti nel "Record" immobiliare statale o regionale .

Molti di tali interessi sono esclusi dal "Recording" per espressa previsione normativa, altri per la fonte o la modalità di insorgenza.

La prevalenza degli "interests" non "recorded" - tra loro e nei confronti degli interests "recorded" - viene determinata dal "common law", il quale, come già detto, in principio assume la regola del "first in time is first in right" (*prior in tempore, potior in iure*), a prescindere dalla "annotazione" <sup>(40)</sup>.

Procedendo ad una sintetica individuazione di tali "interests", i più comuni sembrano essere:

- a) i "diritti di godimento di breve durata", che sono opponibili anche se non "annotati", per un periodo da uno a tre anni (in Inghilterra sette);

- b) i privilegi (diritti di prelazione in senso proprio, opponibili ai terzi) attribuiti normativamente agli artigiani ed ai fornitori di materiali di costruzione, riparazione, ristrutturazione etc. degli immobili (c.d. "mechanic's lien"). Questi privilegi sono validi senza necessità di "recording", o – in alcuni Stati – purché siano "recorded" entro un certo periodo di tempo (da 60 a 120 giorni) dal momento in cui il pagamento è divenuto esigibile, con effetto retroattivo al momento in cui è iniziato il lavoro. Quindi essi sono opponibili ancorché nulla potesse essere rilevato dal "record" da parte dell'acquirente successivo;
- c) I diritti spettanti al coniuge, derivanti dagli istituti di "common law" della dote o dell'usufrutto coniugale (successorio). L'indicazione del proprio stato civile non è, peraltro, obbligatoria nel procedimento di trasferimento, né una falsa dichiarazione può comunque portare alla lesione dei diritti del coniuge;
- d) I trasferimenti o comunque diritti trasferiti dal o a favore del Governo federale, che sono perfettamente opponibili a prescindere da qualsiasi "annotazione", in forza della "Supremacy clause" della Costituzione americana, che – con le precisazioni già fatte – attribuisce in principio prevalenza alle norme federali;
- e) Altri diritti restano esclusi dalla necessità di "annotazione" (e quindi sono comunque opponibili) perché nascono da situazioni in cui non ci sono documenti registrabili. Tali sono i diritti acquistati per usucapione; per destinazione ad uso pubblico; per regolazione di confini <sup>(41)</sup>.
- f) Possono essere altresì opponibili – anche se non "annotati" e neppure "annotabili" ("neither recorded nor recordable") - alcuni "equitable interests", diritti cioè che trovano protezione in virtù dell'"equity". In questi casi, a volte la "equitable BFP doctrine" può accordare protezione all'acquirente di buona fede a titolo oneroso. Appare peraltro spesso affermata la regola opposta, come, ad esempio, nel caso *Lewisville State Bank v. Blanton*, nel quale i giudici rifiutarono di accordare la protezione dello status di BFP al creditore giudiziale (cioè alla banca che aveva ottenuto una sentenza di condanna a proprio favore) rispetto al titolare di un privilegio non documentale (cioè un "equitable lien"), come tale non risultante dal "record" <sup>(42)</sup>.

#### **5.2.4. Regole sulla "sanatoria" di atti difettosi e sulla "commerciabilità" del titolo**

Nel sistema di "recording" tradizionale, in sostanza, l'acquirente di diritti su beni immobili, per ottenere (una relativa) tranquillità dovrebbe realizzare una ricerca storica dei "records" che lo porti ad un titolo di acquisto "originario" del bene, che, nel sistema anglo-sassone, dovrebbe essere l'atto di "conferimento" del diritto

dal "sovrano".

Tale ricerca – per la tendenziale ed inevitabile incompletezza e limitata affidabilità del sistema del "recording" fin qui emersa – è intuitivamente molto difficile e costosa.

Ciò non è evidentemente sfuggito al mondo legale americano, il quale ha tentato di porvi un qualche rimedio con diversi sistemi (adottati, ancora una volta, su base statale o regionale, e quindi in modo che al "civil lawyer" può apparire frammentario e disomogeneo).

In particolare, almeno quattro diversi tipi di normativa sono state adottati per tentare di ridurre tempi e rischi della ricerca.

Si fa riferimento, in particolare:

- alla prescrizione per l'azione di rivendicazione ("statute of limitations in the action to recover possession of land"), a cui si è collegata, simmetricamente, la regola dell'acquisto per usucapione ("adverse possession") (nel sistema anglosassone anche la proprietà è soggetta a prescrizione, oltre che, come già detto, oggetto di usucapione);
- alle normative "sananti" (c.d. "curative act"), che, dopo un certo periodo di tempo (variabile da Stato a Stato, in genere da 10 a 30 anni), "sanano" la annotazione invalida in quanto irregolare (ad esempio per difetto di "riconoscimento - acknowledgment") precedentemente effettuata e che, come tale, non costituirebbe, appunto, valido elemento della "catena di titoli di acquisto". Tuttavia, nessuna di tali normative "sananti" si è estesa a tutti i possibili difetti, e quindi nessuna ha dato risultati definitivi;
- ad altre normative che hanno cercato di escludere l'opponibilità di certi diritti particolarmente risalenti (in sostanza prevedendo delle prescrizioni di certi diritti); anche questi tentativi, per la loro incompletezza e per il numero di eccezioni fatte salve, non sono state considerate risolutive;
- alle più diffuse normative che hanno delineato i c.d. "titoli commerciabili" (c.d. "marketable acts"). Tali normative, applicate in circa una ventina di Stati, semplicemente escludono l'efficacia giuridica di "pretese" non "annotate" in un certo periodo di tempo (da 20 a 40 anni) a partire dalla "root of title". (La "root of title" è il primo titolo di provenienza in una serie poi ininterrotta fino all'attuale) <sup>(43)</sup>. In altri termini, si deve risalire al primo atto di trasferimento astrattamente idoneo che sia stato "annotato" almeno 20 anni (o 30, o il diverso termine indicato dalle normative) prima: pretese precedenti – non risultanti dai "records" <sup>(44)</sup> – sono considerate irrilevanti. L'utilità di tali normative è, peraltro, ridotta dal numero di eccezioni che esse contemplano. Oltre a tutte le eccezioni in qualche modo collegate comunque ad un possesso di fatto da parte di altri soggetti, ovvero collegate a (preminenti) diritti federali, vi so-

no molte eccezioni collegate a c.d. "special interests", cioè diritti considerati comunque prevalenti a vario titolo (equivalenti agli "overriding interests" inglesi). Inoltre tali normative lasciano aperta la possibilità – verificatasi nella realtà – dell'instaurarsi di "catene di titoli" concorrenti e tutte ugualmente valide.

#### **5.2.5. I rimedi: gli "abstracts" e le "title insurance policies"**

In conclusione, gli stessi studiosi del sistema americano affermano che, pur essendo molto poco costoso e ampiamente diffuso, il "recording system" si appalesa gravemente insufficiente sotto il profilo della "affidabilità", per svariati motivi, di seguito sinteticamente richiamati:

1. i documenti depositati possono apparire validi ed efficaci, ma in realtà essere inficiati da vizi radicali che non possono emergere dalla loro lettura. Come visto, l'essere il titolo falso, o procurato fraudolentemente, o sottoscritto da un incapace, o mai "validamente consegnato" (secondo i criteri di legge) può determinare la nullità del titolo, che non viene in alcun modo sanata dalla "annotazione". Il titolo nullo, in particolare, non consente neppure l'acquisto a favore dell'acquirente di buona fede a titolo oneroso, pur non essendo il difetto rilevabile dai "records";
2. il sistema protegge e rende opponibili molti documenti e diritti che non sono "annotati", e; quindi, i "diritti" degli apparenti proprietari possono essere inficiati e ridotti da una molteplicità di fatti e pretese che – pur non essendo soggetti ad "annotazione" - sono tuttavia vincolanti ed opponibili anche a chi abbia un titolo annotato;
3. una ricerca completa, nel sistema come originariamente diviso, dovrebbe risalire fino all'acquisto "originario" ("root-of-title"), senza preclusione di tempo, il che rende le ricerche lunghissime ed estremamente costose, mentre limitarle ad un periodo "ragionevole" lascia sempre esposti a rischio di un prevalente titolo anteriore;
4. i vari tentativi fatti per limitare tali rischi (regole sulla prescrizione delle azioni di rivendicazione in senso ampio, l'usucapione, la sanatoria dei titoli e le normative sui titoli trasferibili, o c.d. "marketable titles") non hanno potuto risolvere definitivamente ed in modo soddisfacente tali problemi;
5. è, infine, sempre possibile un errore del dipendente del registro che recupera i documenti di cui si chiede la visione, ovvero un errore nella lettura e nell'analisi dei documenti.

Le perduranti inadeguatezze del sistema sono, evidentemente, comprovate dai due meccanismi che la prassi ha creato per ridurre il costo della "title investiga-

tion", vale a dire: a) gli abstracts; e b) le "title insurance policies".

Gli "abstracts" sono relazioni di sintesi preparate, in genere, da società specializzate, nelle quali vengono riassunte le risultanze dei titoli "annotati", e, quindi, in conclusione evidenziano il contenuto del diritto da trasferire, con relativi limiti e gravami.

La specializzazione di chi li prepara risolve alcuni dei problemi collegati alla difficoltà di rintracciare i titoli giusti e di darne la corretta lettura ed interpretazione, ma rimangono naturalmente aperti i rischi derivanti dalle molteplici situazioni – che si sono sopra sintetizzate – dalle quali possono scaturire posizioni prevalenti opponibili, anche se non annotate e, addirittura, neppure annotabili.

Nella prassi americana (peraltro isolatamente, senza cioè trovare analogo successo in altri Paesi di "common law") si è perciò ampiamente sviluppata la prassi della "assicurazione del titolo", cioè della "title insurance".

La polizza di "title insurance" è un contratto assicurativo nel quale si assicura un certo diritto (con il contenuto ed i limiti indicati nella polizza) per un certo valore, contro il pagamento di un certo premio. Se successivamente emergono difetti del titolo, la società assicurativa deve indennizzarne il beneficiario, peraltro nei limiti del valore assicurato.

Si sono sviluppate, a grandi linee, due diverse tipologie di polizze, l'una per i soggetti finanziatori ipotecari ("mortgage lenders") e l'altra per i proprietari. I loro contenuti – ed il grado di sicurezza – sono diversi <sup>(45)</sup>.

Quelle per i finanziatori sono le più diffuse, e tali soggetti le pretendono in tutti i casi, in cui la restituzione viene garantita dall'ipoteca (a spese del mutuatario).

In quasi tutti gli Stati dell'Ovest vengono altresì stipulate "title policies" per i proprietari, e normalmente il loro costo va a carico del venditore, a garanzia dell'acquisto dell'avente causa. Sono meno frequenti nel Centro ed a Est, dove, invece, il loro costo ricade normalmente sull'acquirente.

In linea generale, il contenuto tipico delle polizze è triplice: l'assicuratore deve risarcire i danni subiti dal beneficiario; sanare i difetti del titolo se possibile, ed assumere i costi giudiziali di un'eventuale controversia.

Le compagnie assicuratrici non sono a rigore tenute ad effettuare una preventiva ispezione dei "records". Esse, tuttavia, probabilmente per lo più lo fanno, in quanto proprio questa indagine, infatti, consente loro di identificare i possibili concreti rischi afferenti il titolo (le possibili pretese di terzi) che, naturalmente, vengono poi indicate nella polizza come "esclusioni-eccezioni" per le quali la società non è tenuta, eventualmente, ad alcun risarcimento.

In ogni caso, vengono in genere sempre esclusi dalla copertura assicurativa tutti gli "interests" che non compaiono nei "records" (ad esempio, diritti derivanti dal possesso di fatto, anche se in realtà l'ispezione materiale del bene viene spesso

compiuta dalle assicurazioni prima della firma del contratto assicurativo).

Lo strumento assicurativo, come detto, ha trovato ampio sviluppo solo negli Stati Uniti. Ciò, probabilmente, perché esso – proteggendo l'interesse individuale al risarcimento in caso di perdita o limitazione del suo diritto sul bene - in realtà si appalesa per più profili insoddisfacente:

in primo luogo, perché la protezione – esclusivamente individuale – che esso può accordare è, per l'appunto, esclusivamente limitata al risarcimento dell'individuo, ma lascia completamente irrisolto il profilo della sicurezza nella circolazione degli immobili (nonché il crescente interesse pubblico ad un suo controllo, in senso ampio e protettivo per la collettività);

anche solo sotto il profilo individuale, peraltro, esso non garantisce omogeneità di contenuti (si tratta di polizze comunque individualmente negoziate, con una forte "asimmetria" sia informativa che economica) e la protezione si ricollega alla maggiore disponibilità economica dell'individuo, lasciando senza protezione i soggetti più deboli.

### **5.3. Title registration**

Come sopra indicato, l'altro sistema di "conoscibilità" dei diritti su immobili adottato nel mondo anglosassone è il sistema della "registrazione", o "Torrens Title registration system".

Adottato in parallelo al "recording system" in alcuni stati americani (e come questo totalmente facoltativo), esso negli Usa non gode di grande fortuna.

Ciò, secondo diversi commentatori americani, anche perché esso rappresenta il grande concorrente dell'industria assicurativa delle "Title policies", che coinvolge interessi economici enormi, e che quindi lo ha sempre duramente contrastato.

E', viceversa, il sistema adottato in Australia, dove è stato originariamente delineato da Sir Robert Torrens, ed adottato nel 1858.

Il sistema della registrazione prese ispirazione, asseritamente, dal sistema che veniva utilizzato per registrare la proprietà delle navi, ma pare che, in realtà, Sir Torrens abbia preso ispirazione dal sistema tedesco del Libro Fondiario, che gli venne illustrato da un suo amico tedesco.

Come già ricordato, il sistema tedesco basa il trasferimento, tecnicamente, su una duplice fase, la prima ad efficacia obbligatoria e la seconda, con efficacia "costitutiva" del diritto, che si attua con la "registrazione" del contratto nel Libro Fondiario, organizzato su base reale (come il parcel index americano).

Nel sistema tedesco, peraltro, la "registrazione" (detta "intavolazione") del contratto nel Libro Fondiario avviene in virtù, esclusivamente, di un ordine giudiziale.

le.

Nonostante che l'identità e legittimazione delle parti, nonché gli elementi fondamentali di legalità e di legittimità del titolo siano già necessariamente stati oggetto di controllo da parte di un Notaio Pubblico di tipo Latino (le cui indagini, come noto, sono del tutto diverse e ben più rigorose di quanto faccia il solo apparentemente omologo *public notary* anglosassone), il giudice del Libro Fondiario riesamina nuovamente la legittimità e regolarità della transazione sotto ogni profilo formale (capacità delle parti, poteri rappresentativi, legittimazione ad esempio in relazione ai rapporti patrimoniali tra coniugi, corrispondenza del diritto trasferito con quanto risultante dal Libro a favore del dante causa, requisiti urbanistici, etc.) e solo in seguito ad un loro accertamento positivo ordina la "intavolazione", dalla quale nasce il diritto dell'avente causa, a quel punto (quasi del tutto) incontrovertibile.

Il rigoroso duplice controllo – notarile e giudiziale - sulla titolarità e legittimità del dante causa, nonché sulla legalità del titolo rende evidentemente molto elevato il livello di attendibilità e sicurezza del trasferimento nel sistema tedesco.

Trapiantato nel mondo anglosassone, tuttavia, i risultati sono stati e sono molto diversi.

Innanzitutto, va precisato che il sistema Torrens non è applicato ovunque in modo uniforme <sup>(46)</sup>.

Le caratteristiche fondamentali del sistema Torrens – in tutti i Paesi anglosassoni in cui viene adottato – sono due:

- il rilascio di un "certificate of title" che implica la "garanzia" dello Stato (o della contea) circa la titolarità ed il contenuto positivo e negativo del diritto registrato;
- il risarcimento dei danni derivanti da eventuali "errori" o discordanze effettuato con l'apposito "fondo pubblico".

Tuttavia, questo impianto subisce poi profonde differenziazioni, che lo portano a risultati molto diversi.

In alcuni Paesi (come gli USA) infatti, esso ha conservato l'originaria – e determinante – caratteristica della preventiva ed indispensabile fase di accertamento giudiziale del diritto da "registrare". In altri invece, come in Australia, da tale "preventivo controllo giudiziale" ci si è completamente staccati.

Negli Stati Uniti, peraltro, proprio la conservazione della necessità della procedura di accertamento giudiziale e la difficile "convivenza" di un sistema basato su principi profondamente diversi giustificano il suo scarso successo, almeno fino ad ora.

Infatti, la necessità di procedura giudiziale (che si spinge fino alla previsione di una udienza, peraltro per lo più deserta) lo rende, da un lato, estremamente len-

to e costoso, rispetto al rapido e pressoché informale "recording".

Dall'altro lato, la sua teorica "maggiore sicurezza" è comunque gravemente compromessa dall'applicazione, anche alle sue risultanze, delle regole tipiche del sistema di "common law", che abbiamo già visto in relazione al "recording".

Per cui, ad esempio e prima di tutto, si consente la sopravvivenza degli "overriding interests", anche solo "equitable", che possono contraddire radicalmente le risultanze del "certificate of title" (quali ad esempio le pretese federali, i diritti dei possessori o dei conduttori per brevi periodi, privilegi degli artigiani e dei fornitori di materiali etc.), esattamente come potrebbero contraddire le risultanze del "recording".

Allo stesso risultato, inoltre, può condurre l'applicazione giudiziale anche al "certificate of title" della "bona fide purchaser for value doctrine".

La scarsa simpatia americana verso il sistema Torrens appare, dunque, non del tutto infondata: in effetti, così applicato esso sembra sintetizzare i lati negativi dei sistemi, rispettivamente, di "civil law" e di "common law".

Risulta, infatti, più lungo, costoso e complesso - come il sistema tedesco - ma senza la relativa sicurezza, perché sostanzialmente finisce per presentare un margine di inaffidabilità analogo al "recording".

A questi appunti si aggiunge, poi, il rilievo che sono bastate poche controversie vittoriose contro i "certificate of title" per svuotare rapidamente i "fondi pubblici" destinati al rimborso.

In Australia, invece (come in altri paesi di "common law"), la procedura notarile e giudiziale precedente alla "registrazione" è stata - semplicemente e completamente - abrogata.

Ciò, naturalmente, rende la "registrazione" estremamente semplice, anzi banale. Nessun controllo, di nessun tipo, è dovuto in via preliminare.

La "apparente" regolarità del titolo viene verificata dai dipendenti del Registro, e non è richiesta neppure la autenticazione delle firme.

Tuttavia, le risultanze del Registro sono considerate tendenzialmente definitive ed incontrovertibili.

Ciò significa, ad esempio, che se A, proprietario di un bene immobile, va in vacanza e lascia (incautamente) a casa il proprio titolo di proprietà, che viene preso da B e, con la falsificazione della firma di A, viene consegnato a C (di buona fede), che lo fa registrare, la proprietà passa inevitabilmente a C, senza nessuna possibilità per A di riprendersi il bene, rimanendogli solo un'azione contro B per i danni.

Come diverse analisi sottolineano, il Torrens australiano ha quindi sacrificato la posizione del proprietario (o del titolare registrato), a favore di una procedura molto semplice e, quindi, poco costosa. Per il nostro sistema, peraltro, tale sacrificio

potrebbe sembrare non accettabile.

Per altri profili, peraltro, i giudici hanno invece negato ogni tutela a banche che avevano ricevuto "iscrizioni ipotecarie" da parte di soggetti non titolari dei beni dati in garanzia.

Pur non essendo questa la sede per adeguati approfondimenti, non si può evitare di segnalare che - nello stesso mondo in cui il "Torrens" trova più ampia applicazione - i crescenti motivi di preoccupazione e di analisi critica (in termini di efficienza del sistema), hanno moltiplicato gli interventi dottrinali che evocano dubbi sempre maggiori in ordine alla sua adeguatezza al moderno traffico immobiliare, accelerato - e reso perciò anche più vulnerabile - dalla ingannevole semplicità degli strumenti informatici.

## **6. La prassi ed i costi dei trasferimenti immobiliari negli USA**

Questa lunga premessa è, come detto, è sembrata inevitabile per consentire una verifica realmente consapevole della prassi e dei costi del sistema americano (nell'indispensabile rapporto costo/beneficio), alla cui analisi ci si può dunque ora più specificamente dedicare.

### **6.1. La procedura**

La schematizzazione concettuale sopra riportata, come indicato, è riferibile in generale a tutti i Paesi di "common law".

Tuttavia, la prassi dei vari Paesi ha, però, poi attribuito alle varie fasi denominazioni diverse e diversa pratica attuazione (soprattutto con riferimento alla fase della "investigation of title").

Con riferimento specifico agli Stati Uniti, in particolare, essa assume la diversa terminologia di seguito indicata.

1. "Purchase Contract" - è così indicata la fase del "contract", denominato appunto "Purchase Contract" o "Real Estate Contract", che - una volta firmato da entrambe le parti - assume valore vincolante, con gli effetti sopra indicati. Il "P. Contract" è l'atto conclusivo della fase delle trattative, durante le quali vengono stabilite tutte le regole, modalità e condizioni della vendita. E' una fase che può avere durata e complessività notevoli, in quanto il diritto anglosassone - oltre a mancare di una normativa generale "suppletiva" che tuteli le parti, e soprattutto l'acquirente - non prevede in principio né l'obbligo di buona fede delle parti (e del venditore in particolare) né la correlata responsabilità precontrattuale <sup>(47)</sup>. Ciascuna parte, perciò, deve attentamente preoccuparsi

parsi di disciplinare ogni possibile proprio profilo di interesse, e ciò si riflette nel possibile ed auspicabile contenuto che il P.C. deve assumere espressamente. Per tale motivo, la consulenza legale, in questa fase, è quasi indispensabile.

2. Title search – corrisponde alla “investigation of Title”. E’, dunque, la fase di verifica del titolo ed è quella che caratterizza in modo pressoché “unico” la procedura americana dagli altri paesi di “Common law”. In quasi tutti gli ordinamenti, infatti, tale fase è normalmente riservata ai professionisti legali, sui quali incombe il gravoso compito di “districarsi” nell’identificazione dell’esatto contenuto dei “poteri” trasferiti dal venditore, i quali – come sopra visto – derivano “per sottrazione” dai poteri (di varia fonte, denominazione, contenuto ed opponibilità) che sul bene oggetto di vendita coesistono e gravano contemporaneamente. Tali diverse “posizioni soggettive attive” – in mancanza di un Registro (anche solo a valenza statutale) che abbia la efficacia collegata dal “Civil law” ai registri Immobiliari o Fondiari – derivano infatti solo dai vari “deeds” che ne sono fonte, ma che sono – va ripetuto – tutti atti privati, pur se comunque in ampia misura opponibili *erga omnes*.

Come si è visto, la prassi americana ha però di fatto molto spesso sostituito tale defatigante e costosa fase con la produzione, da parte del venditore, di una apposita “Title Insurance Policy”, cioè da una polizza assicurativa che, come detto, copre le spese legali di un eventuale contenzioso relativo al “Title” nonché – con imprecisa assimilazione – i vizi e l’evizione. Va ribadito, peraltro, che come qualsiasi polizza assicurativa – frutto quindi di accordo esclusivamente privato – essa copre (se si perdona la apparente tautologia) solo ciò che espressamente contempla o non esclude. In fatto, ciò significa che molto spesso, in realtà, la tutela approntata potrebbe finire per non offrire al contraente una reale tutela.

3. “Closing”. Corrisponde a quella sopra indicata come “conveyance”. E’, dunque, la fase finale della procedura di trasferimento, che si perfeziona con la consegna della “conveyance”, in USA indicata semplicemente come “deed”. Anche questa, negli Stati Uniti, è una fase di notevole complessità, in cui ugualmente le parti non possono praticamente evitare di essere assistite da consulenti legali. Infatti, in tale fase avviene la sottoscrizione di molti documenti legalmente impegnativi, il cui contenuto - ancora una volta – è oggetto di trattative esclusivamente private, senza il “conforto” di una cornice normativa suppletiva che provveda o corregga mancanze delle pattuizioni pattizie <sup>(48)</sup>.

Per darne una sintetica visione, e limitandosi solo agli atti più importante e “tipici” di tale fase, si tenga presente che:

- a) l’acquirente firmerà (o comunque ne accetterà il contenuto in termini legali)

tra gli altri (limitandosi ai più importanti):

- qualora ricorra al credito, la "promissary note" (contratto di mutuo) ed il "mortgage" (o "deed of trust"), che fa sorgere il diritto di ipoteca della banca ("security interest");
  - la "survey" cioè la rappresentazione grafica della proprietà, che ne implica il riconoscimento giuridico di estensione, collocazione, confini, caratteristiche geo-fisiche etc.;
  - i rapporti ispettivi di controllo tecnico materiale (per la cui comprensione si rimanda al punto successivo, relativo ai soggetti che intervengono nella procedura).
- b) il venditore firmerà:
- l'atto formale di trasferimento, chiamato "deed transferring title" (cioè la Conveyance);
  - una dichiarazione giurata attestante la propria legittimazione e la assenza (o la esatta descrizione) di pesi, vincoli e diritti a terzi spettanti;
  - una dichiarazione giurata circa l'assenza di debiti non saldati per lavori manuali eseguiti sull'immobile, che darebbero a chi ha eseguito i lavori un "lien" (cioè un diritto di prelazione) sull'immobile (c.d. "mechanic's liens", che costituiscono uno dei tanti "overriding" "interests", cioè le posizioni soggettive attive opponibili ai terzi, che però non trovano riscontro "certificativo" in nessun registro pubblico);
  - una specie di certificazione di conformità urbanistica.

## 6.2. I soggetti

In linea di principio, la procedura sopra sintetizzata potrebbe coinvolgere anche solo il venditore ed acquirente, senza alcun altro soggetto.

In realtà, ciò non accade praticamente mai, perché la mancanza di norme generali codificate (e quindi la necessità di considerare ogni vendita una realtà giuridica a sé, con la necessità di ciascuno dei soggetti di provvedere autonomamente alla difesa dei propri interessi) e la generale regola del "caveat emptor" sopra ricordata (benché non applicata in tutti gli Stati allo stesso modo), rendono in realtà quasi impossibile, per la persona media, poter gestire in sicurezza da sola l'operazione.

In realtà, quindi, i soggetti coinvolti sono (normalmente) i seguenti:

1. gli agenti immobiliari per il venditore. Tradizionalmente sono due, il "listing agent" (che fa la valutazione e determina le modalità pubblicitarie); e lo "showing agent", colui che organizza e gestisce le visite dei possibili acquirenti. Questi sono professionisti del venditore, con precisi obblighi fiduciari nei

suoi confronti, tra cui, in particolare, quello di non indicare all'acquirente alcun profilo penalizzante per il venditore <sup>(49)</sup>;

2. l' agente immobiliare dell'acquirente: in quanto gli agenti immobiliari "tradizionali" agiscono nell'interesse del venditore, l'acquirente molto spesso si preoccupa di ingaggiare il proprio agente, che verifica la valutazione e si preoccupa delle trattative;
3. un avvocato per ciascuna parte: già i rapporti con gli agenti immobiliari (sia del venditore che dell'acquirente) sono regolati da un contratto scritto, con specifiche previsioni, che – quindi – inevitabilmente richiede, per ciascuna parte, appropriata consulenza legale; inoltre, come si è detto, in tutte le fasi della procedura, dal "Purchase Contract" al "Closing", implicano quasi inevitabilmente la presenza, per ciascuna parte, di un consulente legale;
4. "appraiser" (perito stimatore): sia la società di assicurazione del titolo (quella che emette la "Title Insurance Policy") che l'eventuale ente finanziatore richiedono, infatti, una perizia professionale indipendente del valore del bene;
5. "surveyor": colui che effettua la identificazione catastale ufficiale (ricordiamo che manca un registro ufficiale come il nostro), che può essere richiesta – se non dall'acquirente ai fini dell'esatta identificazione "fisica" del bene - sia dalla banca che dalla società di assicurazione del titolo;
6. "home inspector": è un professionista tecnico che effettua una "verifica" materiale dell'immobili, per l'identificazione (od esclusione) di quello che nel sistema civilistico sono i vizi e difetti del bene. Infatti, come già detto, la regola del "Caveat emptor" (tuttora in vigore in quasi tutti gli Stati, anche se con diverse sfumature, per lo più ricollegabili, ovviamente, alle diverse applicazioni giurisprudenziali) comporta che tendenzialmente il venditore sia gravato esclusivamente da un dovere di informazione ("disclosure") limitato ai soli difetti legali occulti del titolo. L'acquirente, quindi, è perciò di fatto costretto a far effettuare accurate ispezioni per proteggersi da difetti materiali o mancanza di qualità;
7. agenti assicurativi: Le società di assicurazione sembrano svolgere, negli Stati Uniti, la parte del leone nella procedura. Infatti l'assicurazione potrà (e di regola dovrà) avere ad oggetto: l'acconto, qualora l'acquirente non abbia la disponibilità di almeno il 20% del prezzo a tale scopo, per la parte mancante (l'eventuale finanziamento richiesto, cioè, non può eccedere l'80% del prezzo non pagato <sup>(50)</sup>); i rischi di perimento e danneggiamento della casa nel periodo tra il "Contract of Sale" e il "Closing" (periodo nel quale, come detto, la "legal ownership" è del venditore e la "equitable ownership" dell'acquirente, sul quale grava, in principio, il rischio di perimento). Ancora, e soprattutto, la "bontà del titolo", cioè la legittimazione del venditore, la determinazione esat-

ta del contenuto dei diritti trasferiti e l'assenza di vincoli, pesi o limiti (la già citata Title Insurance Policy);

8. il "lender" (ente finanziatore) . Questo soggetto è, evidentemente, solo eventuale, ed il suo intervento comporterà, sotto diversi profili, un aggravio sia procedurale che finanziario.

### 6.3. Costi

Da quanto fin qui riportato già emerge, intuitivamente, che i costi della compravendita finiscono per essere comunque molto più gravosi praticamente di ogni altro paese.

Non è, ovviamente, facile rintracciare i costi dei singoli professionisti o soggetti partecipanti, salve le percentuali che verranno indicate nel prosieguo.

I costi che è stato possibile rintracciare sono riportati per fonte, e – ove possibile - distinguendo quelli del venditore da quelli dell'acquirente.

Sono sempre escluse le imposte (sia dirette che indirette).

**6.3.1. ABA - American Bar Association** – (il Consiglio nazionale forense americano, di grande autorevolezza, il cui parere è obbligatoriamente richiesto, ad esempio, prima che possa essere nominato un giudice, sia nazionale che federale, inclusi quelli della Corte Suprema), indica i seguenti costi (afferenti ad ogni possibile profilo della procedura):

a) a carico del venditore:

- commissione dell'agenzia immobiliare del venditore ( 5-7% del valore di vendita);
- avvocato per la consulenza nel contratto con l'agente immobiliare e per la revisione della offerta del compratore, fino a giungere alla conclusione del "Contract of Purchase"; (dato ovviamente variabile e non reperibile);
- costo della "Title search" e, spesso, anche della "Title Insurance Policy" <sup>(51)</sup>;
- se l'acquirente ottiene un prestito agevolato (ad esempio dal Federal Housing Administration o dal Veterans Administration), i punti di interesse percentuale differenziali rispetto al tasso medio di mercato il venditore (c.d. "points");
- eventuali oneri di registrazione per cancellare le proprie ipoteche;

b) a carico dell'acquirente:

- commissione del suo agente immobiliare (variabile; a volte pagata dal venditore);
- avvocato per il contratto con l'agente e per la predisposizione e revisione della

proposta per arrivare al C. of P.;

- se non ha la disponibilità del 20% del prezzo da dare in acconto, obbligo di assicurazione (Private Mortgage Insurance – PMI) del costo di circa \$ 700 annui;
- costo della stima indipendente;
- costo della ispezione tecnica;
- costo della “survey” (identificazione grafica catastale della proprietà);
- a volte, costo della verifica del “Certificate of Title” e/o della “Title Insurance Policy”;
- costo dell’assicurazione sulla casa (come più volte detto, per “common law” il rischio passa sull’acquirente al “Contract”, anche se la “legal ownership” rimane al venditore; in alcuni Stati, però, viene applicato lo Uniform Vendor Purchaser Risk of Loss Act, che conserva il rischio in capo al venditore fino alla “conveyance” o al trasferimento del possesso);
- in alcuni Stati, costo di verifica del “certificate of title” che il venditore è obbligato a fornirgli;
- costo di assicurazione del mutuo;
- spesso deposito a garanzia dei carichi fiscali futuri (richiesto dalla banca);
- costi connessi al mutuo;
- costi di “recording” e imposte connesse al trasferimento.

Secondo l’ABA, si calcola che l’incidenza complessiva per l’acquirente dei costi al “Closing” – quindi esclusi quelli relativi alla fase che si conclude con il “Purchase Contract” (tra cui la parcella dell’agente immobiliare e dell’avvocato) - ammonta a circa il 5-6% del prezzo (a cui si aggiungono, quelle del venditore).

**6.3.2. Prof. Alan Palmiter** (*professore di diritto commerciale e di diritto civile e commerciale comparato presso la Law School, Wake Forest University, Winston Salem, N.C.*)

Ha fornito alcuni dati preliminari, con riserva, peraltro, di verificare e fornire dati più dettagliati e completi.

Per una vendita di circa \$ 150.000:

- a) a carico del venditore:
  - commissione dell’agente immobiliare, pari a circa il 5-6% , e, quindi, circa a circa 7.500 – 9000 \$;
- b) a carico dell’acquirente:
  - 1-3% mutuo;
  - 300-600 per l’avvocato al “closing” (non parla della fase del “Purchase Contract”);

- 200-400 per il "title insurance" (per ABA a carico del venditore)
- 100-300 di diritti di registrazione (facoltativa);
- per un totale variabile da 2.100 a 5.800 \$  
quindi, complessivamente, da 9.600 a 14.800 \$.

**6.3.3. Sito internet che indica i costi delle transazioni immobiliari in Florida:** premesso che si tratta di un sito commerciale di una agenzia che vende immobili in Florida, esso prende avvio con l'escludere che, in Florida, ci sia bisogno di un legale, dato che può seguire tutto la Società di assicurazione del titolo (!).

Escluse, quindi, le spese legali – che vengono indicate come superflue - le indicazioni di costo al "closing" sono le seguenti:

per il venditore: 2%; più circa 6% di spese dell'agente immobiliare (quindi 8%);

per l'acquirente: 2.5-3% del prezzo;

quindi, per una vendita di \$ 150.000:

venditore 12.000      acquirente 3.750- 4.500      complessivi \$ da 15.750 a 16.500.

**6.3.4. In sintesi** (e salvi ulteriori dati che si attende di ricevere), facendo una media sembra potersi ragionevolmente indicare che i costi si ripartiscono come segue:

a carico del venditore : 6-8% a carico dell' acquirente: 4-5%

per una vendita di 150.000 \$, quindi:

per il venditore 9.000-12.000;

per l'acquirente: 6000-7.500;

Costo complessivo medio della transazione: da 15.000 a 19.500 \$.

## 6.4. Conclusioni

Il sistema di trasferimento immobiliare americano appare dunque – al contrario di quanto spesso si trova affermato in stampa non specializzata - piuttosto farraginoso, complesso e molto costoso <sup>(52)</sup>.

Questo, naturalmente, ritenendosi che si voglia raggiungere un soddisfacente livello di sicurezza del sistema, paragonabile a quello che viene ottenuto dall'acquirente di "civil law".

E' chiaro che, rinunciando a tale livello di sicurezza, probabilmente i costi si ridimensionano. Tuttavia, è importante tenere presente che l'acquisto immobiliare rappresenta per la maggior parte dei soggetti se non il più importante almeno uno dei più significativi acquisti della vita e, quindi, ad esso viene attribuito altrettanto

valore.

Inoltre, va sottolineato che la "gravosità" del rischio è tanto maggiore quanto più limitate sono le risorse economiche dell'acquirente, per il quale, dunque, cresce invece direttamente l'importanza della sicurezza dell'acquisto.

## **7. Costi in altri paesi di "common law"**

Ferme restando le caratteristiche essenziali della procedura, una sintetica verifica anche in altri Paesi di "Common Law" sembra porre in luce come in effetti, pur non raggiungendo i costi americani, in nessuno di tali Paesi la procedura di trasferimento immobiliare risulta si dimostra particolarmente economica rispetto ai Paesi di "civil law".

I dati riportati sono riferiti, in generale, ad una vendita del valore di 150.000 Euro

### **7.1. Australia (South Wales):**

escluse imposte:

a carico del venditore: circa 750 euro

a carico dell'acquirente: circa 750 euro

per complessivi euro 1.500 circa

### **7.2. Sud Africa:**

in percentuale e solo come dato complessivo relativo ai costi della transazione, escluse anticipazioni e tasse: circa 7.5% del valore della transazione

quindi, per 150.000 euro, circa 11.250.

In particolare il sito mostra anche la seguente ripartizione percentuale dei costi complessivi:

- 45% agente immobiliare;
- 13% "transfer/bond conveyancers";
- tasse globali (dirette e indirette): 40%;
- banche : 1%;
- ufficio che conserva i "deeds": 1% (corrisponde, direi, al nostro bollo).

**7.3. Irlanda:** è stato rintracciato solo il dato relativo all' onorario dell'avvocato per l'acquirente: circa 1%.

### **7.4. Inghilterra:**

in un sito, senza fare riferimento al valore, e solo riferendosi al costo

dell'avvocato, si indica un costo medio di circa 1.500 euro per l'acquirente (non si parla del venditore, ma certamente una altra sostanziosa parte spetta a lui) ma si specifica che spesso ci si può collegare in percentuale al valore e fatte salve eventuali difficoltà particolari di ricerca etc. etc.;

sono da aggiungere altre spese, quali quelle del "surveyor" (che in UK corrisponde all'"inspector" americano) e dell'agente immobiliare.

## **8. Note conclusive: i trasferimenti immobiliari, l'"e-conveyancing" ed il sistema di notariato latino**

I dati emersi sulle caratteristiche dei trasferimenti nel mondo anglosassone inducono a svolgere qualche considerazione sull'impatto che l'elettronica può esercitare sui vari sistemi di trasferimento immobiliare, al fine di valutarne anche l'"efficienza" proprio nell'ottica di un tale sviluppo.

Infatti, come già indicato in premessa, è facilmente rilevabile ovunque una crescente aspirazione ad arrivare quanto più in fretta possibile al c.d. e-conveyancing, cioè al trasferimento immobiliare elettronico "a-documentale" (di seguito anche "paperless"), procedimento che appare inarrestabile ed ineludibile <sup>(53)</sup> <sub>(54)</sub>.

Sono già stati da più parti rilevati, peraltro, vari problemi e cambiamenti nei vari meccanismi di trasferimento immobiliare che uno sviluppo elettronico comporta e richiede.

In particolare, essi sono riportabili a problemi di a) certezza dei dati reperibili; b) sicurezza (nella trasmissione e conservazione dei dati); c) costi correlati ai primi due punti.

In termini di costo, il problema – pure ovunque affrontato – non ha trovato da nessuna parte delle chiare risposte, e dunque non vi sono allo stato dati reperibili di fonte ed entità almeno verosimili, pur essendo diffusa la convinzione che i costi correlati siano molto elevati, tali da porre in discussione, secondo alcuni autori, la reale opportunità ed attuabilità del sistema stesso.

In termini di sicurezza e certezza, invece, qualche considerazione concreta è già stata svolta ed altre appaiono possibili.

In particolare, come è emerso e si sottolinea ancora una volta, la certezza dei dati reperibili in un sistema elettronico deve necessariamente essere garantita nell'*in-put*.

L'affidabilità del sistema, in altri termini, dipende dalla affidabilità dei dati in esso inseriti.

I dati che devono essere sicuramente affidabili sono, quantomeno:

1. la identità delle parti, a cui l'e-conveyancing aggiunge il profilo della certezza nella "firma digitale", cioè la "provenienza" elettronica;
2. la loro capacità e legittimazione a disporre del diritto trasferito;
3. l'esatto contenuto (in positivo e negativo) del diritto trasferito;
4. i dati relativi all'immobile al quale si riferiscono i diritti trasferiti.

Può apparire relativamente facile assicurare la certezza dei dati di cui al punto 1).

Tuttavia, in realtà, la necessità di assicurare la certezza anche dell'identità "digitale" di coloro che, oltre a firmare i contratti di trasferimento, li inviano ai registri elettronici, pongono nuovi problemi, sia tecnici che in termini di costo <sup>(55)</sup>.

Infatti, se teoricamente si può pensare ad una generalizzata "certificazione" delle firme digitali per tutti i cittadini, ovvero ad una "schedatura" delle loro "impronte biometriche", in realtà i costi di attuazione, conservazione, aggiornamento e "protezione" dei dati contro sabotaggi elettronici rendono tali soluzioni – almeno al momento – non percorribili. Ciò significa necessariamente ricorrere alla soluzione alternativa di "certificare" l'identità elettronica solo di un numero limitato di professionisti, sui quali far gravare l'obbligo e la responsabilità di accertare "fisicamente" l'identità delle parti contraenti <sup>(56)</sup>.

Ancora più complessa appare la verifica dei punti indicati sopra da 2) a 4), in virtù della crescente quantità di fattispecie con elementi di internazionalità; della varietà dei regimi relativi agli acquisti coniugali; delle diverse risposte che le norme nazionali e di conflitto offrono in termini di successioni e tutela degli incapaci; della crescente influenza sulla situazione giuridica dei beni immobili delle normative nazionali in materia urbanistica ed edilizia (vincoli di "zoning" etc.).

In altri termini, la certezza dei dati inseriti nei registri immobiliari – soprattutto se elettronici – esige oggi che siano a monte risolti molti problemi, determinati da vari fattori, tra i quali si possono ricordare i seguenti:

1. l'aumento costante delle vendite con elementi "internazionali", con i correlati complessi problemi di diritto internazionale privato (relativi alla capacità delle persone, fisiche e giuridiche; all'accertamento della effettiva legittimazione a disporre dei beni, soprattutto in relazione alle vendite poste in essere da persone coniugate o di beni di provenienza successoria; possibili modalità di acquisto da parte di persone coniugate, anche in vista di sistemazioni "successorie"; minore età, tutela degli incapaci nei vari ordinamenti e relativi eventuali provvedimenti necessari, individuazione dei legali rappresentanti delle persone giuridiche e delle società in base alla individuata legge nazionale applicabile etc.);
2. anche nelle vendite "ordinarie", le sempre più numerose ed importanti conseguenze ed implicazioni correlate alla compra-vendita immobiliare, di natura

sia fiscale che "civilistica" (nel senso proprio dei Paesi dell'Europa continentale). Ad esempio, in materia di regolazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi, dei rapporti familiari in funzione successoria, dei rapporti patrimoniali in relazione a figli e/o coniugi di precedenti matrimoni etc., e/o in termini di convenienza fiscale (diretta ed indiretta) (profili a cui il mondo anglosassone è già molto attento, essendo largamente diffuso l'"estate planning");

3. l'esigenza di certezza "giuridica" correlata all'aumentare di profili di interesse pubblico nel controllo sulla circolazione immobiliare stessa (in termini di controllo di ordine pubblico, del territorio, dell'ambiente etc.) che non possono più essere ignorati e sono sempre più presenti anche nei paesi di "common law" (pure tradizionalmente improntati in senso individualistico ed avversi a qualsiasi forma di interferenza e controllo "pubblico").

### **Conclusione:**

Proprio l'affermarsi dell'"e-conveyancing" – che porta indiscutibilmente in primo piano le esigenze di certezza ed affidabilità del trasferimento immobiliari, caratteristiche senza le quali la sua rapidità sarebbe totalmente svuotata di significato – sembra dunque porre in rilievo la contemporanea necessità dell'intervento (esclusivo) di professionisti legali altamente specializzati, i quali devono farsi carico, assumendone in pieno la relativa responsabilità, di risolvere in modo certo ed inequivoco tutti i vari problemi coinvolti, derivanti dai vari elementi già sopra indicati.

In questo senso, nell'ambito dei sistemi c.d. di diritto continentale il tradizionale ruolo del notaio latino, unito ora alla sua "competenza" informatica che gli consente accesso immediato (e quindi rapido) alle banche dati elettroniche, sembra consentirgli di poter già rispondere adeguatamente – anche in termini di raffronto tra costi e benefici – alle sopra delineate esigenze, proprio nell'ottica di agevolare e rendere concretamente attuabile ed efficiente lo sviluppo dell'e-conveyancing.

Il notaio latino, infatti:

1. per proprio ruolo funzionale già verifica, rispondendone, tutti gli elementi sopra individuati come necessari per garantire la affidabilità (materiale e "digitale") dei dati che devono essere inseriti nel registro immobiliare (anche) elettronico;
2. la certificazione elettronica della firma ed identità dei notai può essere attuata (con sopportazione dei relativi costi ed oneri, anche in termini di conservazione, aggiornamento e protezione dei dati) dagli stessi;
3. possono dotarsi (ed in Italia già lo sono) delle infra-strutture informatiche necessarie per l'e-conveyancing;

4. diventano unico – e quindi più diretto e “gestibile” - interlocutore con gli enti e strutture pubbliche per l’attuazione, le modificazioni ed i necessari aggiornamenti dei programmi informatici necessari alla attuazione effettiva del registro immobiliare informatico;
5. in molti sistemi di notariato latino (come in Italia) il notaio è obbligatoriamente assicurato per le possibili responsabilità derivanti dalla in accuratezza o imprecisione dei contratti di trasferimento, garantendo un risarcimento in tutti i casi (ben al di là del singolo “fondo risarcitorio” di cui si è visto nel sistema Torrens), il cui costo, inoltre, non grava su fondi pubblici, che per definizione sono risorse limitate.

In sintesi, dall’analisi più sopra svolta sembra emergere che – nella progressiva attuazione dell’“e-conveyancing” - il ruolo tradizionale del notaio di tipo latino potrebbe costituire proprio l’elemento di equilibrio più efficiente – in termini di rapporto costo/benefici - nel bilanciamento dei (contrapposti) obiettivi della certezza delle transazioni e della loro, contestuale, massima rapidità, come consentita dai mezzi elettronici.

Esso, infatti, sembra poter assommare in sé la rapidità del “recording” e la sicurezza della “registration”, dimostrandosi idoneo strumento per garantire la maggiore rapidità possibile dei traffici compatibile con un irrinunciabile adeguato grado di certezza dei trasferimenti immobiliari.

*Eliana Morandi*

- 
- (1) Parlando di Paesi (o sistema) di “common law” si fa riferimento, in realtà, ad ordinamenti i quali, pur condividendo un comune “sistema di principi”, conservano ciascuno la propria individualità. Quindi il richiamo al “common law” in generale deve intendersi riferito a tale “substrato comune”, ma bisogna tenere a mente che tra l’ordinamento inglese e quello americano (o quello australiano, o sud-africano), ricorrono differenze rilevanti, come – nell’ambito dei sistemi di “diritto continentale” – quelle che caratterizzano l’ordinamento francese rispetto al tedesco e rispetto al nostro.
  - (2) Per comprendere il sistema anglosassone, in particolare, il “civil lawyer” deve anzitutto tenere presente che il common lawyer ha una *forma mentis* essenzialmente di natura empirica, induttiva ed individualistica, fortemente avversa anche ad embrionali tendenze categorizzanti.
  - (3) L’“equity”, si ricorda, è rimedio concesso originariamente dal Sovrano e successivamente dalle sue Corti nei casi in cui la rigidità della common law non concedeva alcun tipo di protezione a situazioni che, dunque, sarebbero rimaste ingiustamente danneggiate e che invece il sovrano o il giudice ritenevano meritevoli di tutela. Forse il più fondamentale dei principi di “equity” è “che l’“equity” non consente che un torto (cioè una situazione ingiusta) rimanga senza rimedio”; così come l’“equity” “considera come fatto ciò che si sarebbe dovuto fare”. Essa è, perciò, rimedio

"grazioso e giusto" che prescinde completamente dalle prescrizioni e dalle definizioni legali in senso stretto. In altri termini, l'"equity" è per sua natura una fonte "rimediabile", riparatrice, che vuole dare protezione ad una singola situazione (che percepisce come meritevole di tutela) proprio prescindendo dalla valutazione legale di common law, che ritiene inadeguata nel caso concreto.

- (4) Ad esempio, in materia di contratto (che regola la fase "contract" del trasferimento immobiliare, come vedremo), mentre la common law non prevede, tendenzialmente, la rilevanza dei vizi del consenso, l'"equity" conosce diversi rimedi contro la "misrepresentation", la "undue influence", il "mistake". Solo l'"equity", poi, conosce il rimedio della "specific performance", mentre la "common law" contempla solo il risarcimento del danno. In relazione alla "conveyance", invece, atto squisitamente e rigorosamente formale, la common law esclude proprio qualsiasi rilievo volontaristico (noi lo definiremmo atto giuridico in senso stretto), ma per "'equity'" si è sviluppato il contrapposto principio del "non est factum" che finisce per dare alla volontà quasi lo stesso nostro rilievo.
- (5) Si utilizza questo termine ibrido per ricomprendervi sia il diritto di fonte statale sia – dove esistente – quello di origine federale. Nei confronti di entrambi, infatti, si impone la prevalenza del diritto giurisprudenziale. Nei rapporti tra le due fonti "parlamentari", invece (quanto meno negli USA) nonostante sia formalmente dichiarata la c.d. Supremacy Clause contenuta nella Costituzione – che afferma, in principio, la supremazia delle norme federali – in realtà è assolutamente pacifico che il diritto statale ha indiscussa preminenza salvi i soli casi – compresi al minimo indispensabile – dove realmente è in gioco un interesse che viene accettato come "federale". In materia di "Property", in particolare, non esiste competenza normativa federale.
- (6) Sia in Inghilterra che negli Stati Uniti, in realtà, l'uso obbligatorio del "seal" (sigillo) è stata abrogata da diversi anni (in Inghilterra dal 1989), ma in questo contesto si continuerà a far riferimento a tale formalismo per ricordarne la "ufficialità e formalismo" che comunque continua a distinguere il "conveyance" da altre scritture private meno formali. Ciò, ad esempio, perché pare che solo agli atti "under seal" sia applicabile – magari nelle più moderne rielaborazioni" lo "Statute of Frauds", del 1676, che impose la forma scritta per gli atti di trasferimento immobiliare, requisito che crea, oggi, non pochi problemi in relazione proprio all'"e-conveyancing".
- (7) Così come, evidentemente, non esistono – nell'accezione del "civil law" - le nozioni di "fede pubblica" e di "pubblico registro".
- (8) Ciò essenzialmente per motivi culturali: l'anglosassone è estremamente riservato, individualista e diffidente verso qualsiasi autorità centralizzata e qualsiasi tendenza centralizzante; la "privacy" (come tutela estrema della vita dell'individuo in ogni suo profilo e manifestazione) ne è stata valore implicito e fondamentale fin dall'origine.
- (9) Introdotta praticamente nel 1925 – in realtà già alla fine del 1800, ma senza reale influenza - e profondamente innovata nel 2003.
- (10) Oltre a dar conto della apparente incongruenza del richiamato principio, ciò spiega anche perché tale sistema consideri perfettamente democratica la creazione "giurisprudenziale" del diritto (cioè ad opera del singolo giudice), che invece al "civil lawyer" può, al contrario, sembrare una "sottrazione" al Parlamento di sue fondamentali prerogative.
- (11) Al fine di comprendere esattamente la differenza tra l'idea "continentale" e, rispettivamente, di common law della proprietà, si deve ricordare brevemente che nel "diritto continentale" (per le ragioni che verranno ricordate nella nota successiva) la "proprietà" ha natura unitaria: i principi fondamentali del diritto di proprietà si applicano indipendentemente dal suo oggetto (quindi sia quando ne siano oggetto beni immobili che quando ne siano oggetto i beni mobili, senza distinguere disciplinarmente – come invece accade nel common law - tra "real" e "personal" property). Le norme che disciplinano la proprietà (e più in genere i diritti reali) – relative al contenuto, ai modi di acquisto, alla loro modificazione ed alla loro estinzione – sono imperative (peraltro con una minima autonomia riconosciuta alle parti). Il diritto di proprietà è il diritto "assoluto" per eccellenza, con riguardo sia al suo contenuto che alla sua durata, ed è infrazionabile. Gli altri diritti

reali – pur essendo “assoluti” nel senso che si impongono a tutti i consociati, cioè *erga omnes* – sono “limitati” nel senso che sono “accessori” rispetto ad un altrui diritto di proprietà. I terzi devono essere chiaramente e completamente informati circa il contenuto dei diritti reali, proprio perché tali diritti si impongono a tutti i terzi anche in assenza del loro consenso. In linea di principio, l’ “informazione” circa l’esistenza dei diritti reali per i terzi viene fornita per i beni mobili dal possessore, e per i beni immobili dal Registro Immobiliare (pubblico e centralizzato).

- (12) Tuttora la nozione anglosassone di “diritto reale” è strettamente collegata al substrato politico e sociale creato dal sistema feudale, introdotto in Inghilterra dai Normanni, dopo la battaglia di Hastings nel 1066. Il sistema feudale creò un legame personale tra il re ed i suoi cavalieri, che divennero “tenutari” e ricevettero terreni (ed in genere immobili) quale ricompensa dei servizi resi al re, soprattutto di natura militare. Nell’ambito di questo “ambiente” si sviluppò il sistema di diritto immobiliare, nel cui ambito la terra – che continua ad appartenere al re - è “utilizzata” dal tenentario, (conservata, “held”) e non “posseduta” nel senso civilistico; ed il tenentario ha una serie di facoltà (“estate”), la cui caratteristica essenziale è la “durata”, per cui si distingue tra “freehold” (a durata illimitata) e “leasehold” (a durata determinata). Tale concezione fu poi “complicata” (da un punto di vista “continentale”, si intende) a causa della doppia influenza della common law e dell’ “equity” (intese come fonti di diritto), che ne “colorò” il contenuto con connotazioni più “economiche”.

In Europa il sistema feudale fu abolito dalla Rivoluzione Francese (1789), che diffuse la nuova concezione giuridica del “cittadino”, soggetto libero e dotato di eguali diritti rispetto ad ogni altro soggetto, al quale vengono riconosciuti i diritti fondamentali, senza più alcuna distinzione di classe né privilegi di casta. I “codici” elaborati in quest’epoca furono dunque frutto di una importante e profonda rielaborazione sistematica e dogmatica, e rappresentarono l’espressione degli ideali Rivoluzionari di libertà ed eguaglianza. Il contenuto imperativo dei diritti reali, peraltro, non contraddice tali ideali, in quanto esso serve a dare a chiunque l’esatta consapevolezza dei diritti che acquista e a garantire, quindi, la piena soddisfazione delle sue aspettative.

- (13) “It should be noted that the European Civil Law views “property” as including six kinds of legally protected “expectations”: (1) a right of possession (*jus possidendi*); (2) a right of exclusion (*jus prohibendi*); (3) a right of disposition (*jus disponendi*); (4) a right of use (*jus utendi*); (5) a right to enjoy fruits or profits (*jus fruendi*); and (6) a right of destruction (*jus abutendi*).<sup>22</sup> The *jus possidendi* and the *jus prohibendi* are clearly “rights” under the Hohfeldian-Restatement analytical scheme, while the *jus utendi*, *jus fruendi*, and *jus abutendi* are “privileges” and the *jus disponendi* is a “power.” These “rights” and “privileges,” along with the “power” of disposition, are all recognized and protected in Anglo-American law. It should also be noted that the European “civil law” adopts a basically unitary view of “property” which emphasizes “ownership” rather than the various separate legal interests that are included in “ownership.” Thus, for example, the Louisiana Civil Code, which is derived from the French Code Napoleon, states: “Ownership is the right by which a thing belongs to some one in particular, to the exclusion of all other persons.” As we shall see, the Anglo-American law adopts, at least with respect to property in land, a very different view which places much greater emphasis on the various aggregates of legal interests into which “complete property” may be divided” (così Cunningham – Stoebuck – Whitman, *The Law of Property*, Hornbook Series, Lawyer’s Edition, West publishing Co., 1984, pagg. 7 e segg.).
- (14) Il principio del “numero chiuso” – in quanto parte fondamentale della disciplina normativa dei diritti reali – si sviluppò nel diritto continentale - come detto – quale conseguenza della Rivoluzione francese ed all’abbandono del sistema feudale, che invece continuò a caratterizzare (ed ancora caratterizza) il concetto anglosassone di proprietà. Per riassumerne i contenuti, il principio del numero chiuso implica che il numero di “diritti reali, assoluti” è limitato dalla legge, il loro contenuto è strettamente delimitato - sempre dalla legge – e norme imperative determinano modi di acquisto, trasferimento ed estinzione. Al fine di consentirne l’ “assolutezza” verso terzi (cioè il fatto

che essi si impongono a tutti i consociati) tutti devono conoscerli o poterli conoscere. Per quanto riguarda i beni mobili, la conoscibilità è data dal possesso, mentre, con riguardo agli immobili, la conoscenza da parte di terzi è attuata sostanzialmente tramite la registrazione nel Registro Immobiliare. Alcuni autori hanno sostenuto che anche il sistema americano conosce, di fatto, un meccanismo "simile" al numero chiuso. (Merrill e Smith, v. bibliografia); ma un'attenta dottrina ha sottolineato le differenze sostanziali che si ritrovano tra il "numero chiuso" come conosciuto dal diritto continentale e la mera "standardizzazione per finalità pratiche" come è stata elaborata nel sistema americano. Le differenze principali si ritrovano anzitutto nel fatto che, secondo quest'ultima elaborazione, "i tribunale possono comunque decidere che certi diritti, creati dai due contraenti e non classificabili nelle esistenti categorie, sono vincolanti ed opponibili sia tra le parti che nei confronti dei terzi. Inoltre la standardizzazione non comporta che il contenuto delle varie categorie sia determinato, come nel diritto civile, da nome di legge inderogabili" (Sjef van Erp, Maastricht University, v. bibliografia).

- (15) Si pensi ad esempio al trust, per il quale (nella sua concezione originaria) accanto alla "legal ownership" (quindi di common law) del "trustee" coesiste – per molti profili su un piano di perfetta parità - anche la "beneficial ownership" (di "equity") del "beneficiary", che implica per quest'ultimo il rimedio del "tracing" (v. oltre, nel testo).
- (16) Sul punto si tornerà, con una certa ampiezza, nel successivo punto 5.
- (17) "Even modern policies point to certain imperatives in the enforcement and validity of land transactions: 1) the need for certainty within contractual relationships; 2) the importance of the parties giving deliberation to a decision to enter a land transaction; 3) the need to memorialise the agreement for later reference; the importance of authentication of the contract to inhibit the likelihood of fraud" (Christensen S., The requirements of writing for electronic land Contracts citato)
- (18) Il concetto viene riassunto nella frase "It is your responsibility, as the buyer, to make sure that you are not being drastically ripped-off by the seller" - E' tua responsabilità, come acquirente, evitare che il venditore ti rapini completamente. Tale principio trova la sua fonte e perdurante applicazione nel diritto inglese. Negli Stati Uniti, peraltro, tale situazione è, in parte, attenuata dalla adozione di prassi (quasi) normative che hanno ad oggetto la protezione dei consumatori, e da rimedi concessi "in equità" (quindi sempre su base "individuale e soggettiva" che, inoltre, sono adottate su base statale, non certo federale) mediante decisioni che proteggono da clausole "vessatorie" (c.d. unconscionability). Va ricordato ancora una volta, peraltro, che la valutazione di unconscionability si fonda sulla questione (rilevata dal singolo giudice nel caso concreto) se "under circumstances existing at time of making of contract and in light of general commercial background and commercial needs of particular trade or case, clauses involved are so one-sided as to oppress or unfairly surprise one party"(Division of Triple T Service, Inc. v. Mobil Oil Corp, 60 Misc.2nd 720, 304 N.Y.S.2nd 191,201. Typically the cases in which unconscionability is found involve gross overall one-sidedness or gross one-sidedness of a term disclaiming a warranty, limiting damages, or granting procedural advantages. In these cases one-sidedness is often coupled with the fact that the imbalance is buried in small print and often couched in language unintelligible to even a person of moderate education. Often the seller deals with a particularly susceptible clientele. Kugler v. Romain, 58 N.J. 522,279 A.2nd 640. Come emerge dai cases, quindi, il rimedio della unconscionability può per lo più ravvicinarsi ( ed essere limitato) alla disciplina delle clausole vessatorie di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. italiano, anche sotto il profilo che sembrano riferite a fattispecie di contratti predisposti da una delle parti. La tutela "generale" dell'acquirente prevista nel codice italiano, peraltro, ha ben più vasta portata.
- (19) Normativamente, cioè, nessun obbligo e/o garanzia è implicito nel trasferimento. La pratica, peraltro, ha elaborato almeno sei tipi di "covenants", cioè di garanzie, ai quali però non viene affidata né riconosciuta grande portata concreta, e con la possibilità, per il trasferente, di escludere qualsiasi garanzia, con una "quit-claim clause" (che - sembra di capire - può escludere anche il

“fatto proprio”), che per noi probabilmente porterebbe la vendita nell’ambito del contratto aleatorio, con le relative conseguenze disciplinari.

- (20) Problemi che i sistemi continentali sembrano aver risolto - in modo abbastanza efficiente - con il combinato sistema “*numerus clausus* - registro pubblico-fede pubblica- intervento certificativo notariale”.
- (21) In Inghilterra, peraltro, la procedura di “*registered conveyance*”, che si affianca a quella tradizionale e che si fonda sul *Land Registry*, modifica profondamente, di fatto, la procedura appena sopra riportata, avvicinando molto il sistema inglese attuale – almeno tendenzialmente – al sistema continentale soprattutto di modello tedesco.
- (22) Le analisi economiche dei vari sistemi di trasferimento di diritti su immobili, infatti, dedicano intensa attenzione alla valutazione dell’efficienza dei sistemi sotto i più svariati profili. In particolare, tale efficienza viene dagli economisti valutata sotto almeno due prospettive: *a)* l’efficienza nello scambio (c.d. “*exchange efficiency*”), che si traduce nella capacità del sistema di far ottenere il bene immobile al soggetto per il quale il bene ha un maggior valore); e *b)* efficienza nell’incentivare lo sviluppo immobiliare (c.d. “*investment efficiency*”), che si traduce nella capacità del sistema di incentivare lo sviluppo immobiliare, in quanto percepito come sicuro.
- (23) E’ particolarmente importante, affrontando questo argomento, ricordare inoltre chiaramente le premesse metodologiche già svolte in precedenza, soprattutto con riferimento all’influenza decisiva che la “creazione normativa giurisprudenziale” esercita nella determinazione effettiva del contenuto delle regole di “*common law*”.
- Tale influenza, infatti, finisce spesso – soprattutto in applicazione della fonte equitativa – per stravolgere e capovolgere quello che un “*civil lawyer*” potrebbe prima facie assumere come portata di un determinato principio secondo la sua formale enunciazione
- (24) In altre giurisdizioni di tradizione anglo-sassone, ad esso ci si riferisce anche come “*old system*”.
- (25) Quest’ultimo sistema, in vigore in Australia (nel *New South Wales*) dal 1858, venne ideato da Sir Robert Torrens, ma appare credibile che sia stato a lui ispirato dal suo amico tedesco Hubbe, il quale si riferì al sistema tedesco del Libro Fondiario. Oltre ad alcuni stati americani ed all’Australia, il Torrens è adottato in Guam e Porto Rico.
- (26) Salve recenti abrogazioni, il sistema Torrens sembra ancora adottato – sempre su base facoltativa – in Colorado, Georgia, Hawaii, Massachusetts, Minnesota, New York, Nord Carolina, Ohio, Virginia e Washington.
- (27) Sembra fare eccezione l’Arizona, dove è previsto un obbligo od annotazione entro 60 giorni a carico del trasferente, a pena di responsabilità nei confronti dell’acquirente per i danni da questi subiti per la mancata annotazione. Diversa la situazione, almeno in parte, in Inghilterra, dove la procedura di *conveyancing* registrato (che si affianca a quella tradizionale) impone – almeno per certi trasferimenti – la registrazione a pena di invalidità del trasferimento. Va però precisato che il *Land Registry* inglese si ispira al sistema Torrens, di cui oltre.
- (28) Lo stesso vale, naturalmente, nel caso di concessione di diritti reali di godimento o di garanzia, come l’ipoteca.
- (29) Nel senso, già precisato sopra, che essi sono dotati di autonomo potere normativo e, per quanto in principio non possano ignorare eventuali norme di origine “parlamentare” (cioè la *statute law*), godono al riguardo di ampio potere interpretativo, che usano “liberalmente” e che può condurre a risultati lontani da quello che la norma “scritta” originariamente si proponeva.
- (30) Non si considera acquirente a titolo oneroso il c.d. *judgment creditor*, cioè il creditore che ottiene una sentenza giudiziale che, accertato il suo credito, comporta la condanna del debitore. Tale sentenza è, in molti Stati, titolo costitutivo di ipoteca (noi diremmo per l’iscrizione della ipoteca). Il problema si pone nei confronti del terzo che – nelle more – abbia acquistato dal convenuto soccombente (che appare titolare dal “*record*”) e che non abbia provveduto ad “annotare” il proprio titolo. In assenza di espressa previsione normativa di protezione del creditore giudiziale (che pe-

raltro è stata inserita in alcuni Stati) il common law protegge il terzo acquirente anche se non "annotato". Tale posizione viene basata sull'idea che il "privilegio" giudiziale colpisce la "reale proprietà" del debitore (cioè quella che "residua" dopo la vendita non annotata) e non quella "apparente" dai records. Altre decisioni si fondano sul fatto che il creditore giudiziale non può considerarsi "terzo acquirente" come richiesto dalla BFP – doctrine.

- (31) Ma l'individuazione di tale stato di fatto è, ancora una volta, molto peculiare. Il possesso deve essere, secondo le definizioni teoriche, visibile, aperto, esclusivo ed in equivoco. Tuttavia, in *Miller v. Green* il Tribunale ritenne "nel possesso" – e quindi prevalente, anche se non "recorded", rispetto ad un successivo acquirente di buona fede - il titolo di colui che aveva acquistato 63 acri (circa 26 ettari) di terreno, sul quale non risiedeva e di cui coltivava solo due, mentre sul resto suo padre aveva solo trasportato alcuni carichi di fertilizzante.
- (32) Un altro caso di "presunta conoscenza derivante da fatti" (che ha escluso per l'acquirente il BFP status) è stato rinvenuto dai tribunali nei casi in cui, su un terreno di 880 acri (corrispondente a circa 357 ettari), l'acquirente non registrato (poi vittorioso) aveva apposto dei cartelli con il "Divieto di accesso" e con l'indicazione del proprio nome ed indirizzo. I giudici hanno ritenuto che tali cartelli dessero sufficiente "constructive notice" per l'acquirente (non riconosciuto di buona fede) il quale avrebbe dovuto indagare sulla posizione del soggetto – diverso dal proprietario "recorded" – che aveva apposto i cartelli. (*Wineberg v. Moore*).
- (33) Come rilevano gli stessi studiosi americani, lo status di BFP è "elusivo". Spesso, cioè, i giudici danno ai due requisiti presupposti dei contenuti concreti che sembrano portare a risultati opposti a quelli che ci si potrebbe aspettare attenendosi al loro significato apparente.
- (34) Con riferimento ai Registri giudiziali, in particolare, il common law enuncia la regola per cui l'inizio di una controversia avente ad oggetto diritti su immobili determina la "conoscibilità legale" della lite e ne rende la decisione opponibile a tutti i terzi (c.d. *lis pendens doctrine*), e ciò a prescindere dalla "annotazione" della lite nei registri degli immobili. Negli USA, peraltro, tale regola è stata di recente modificata, nel senso che l'attore non è più protetto dal solo inizio dell'azione giudiziale, bensì deve provvedere alla "annotazione" dell'inizio di lite presso il corrispondente Public Record (non è stato possibile accertare, peraltro, di quale record si tratti, se del luogo in cui inizia la lite, del luogo in cui ha la residenza il convenuto, del luogo in cui si trovano gli immobili, e, in caso di più immobili che si trovano in contee diverse come si proceda).
- (35) Come noto, a differenza del nostro sistema ma come quello tedesco, il sistema anglo-sassone non prevede la devoluzione diretta all'erede – seppure con l'accettazione – bensì solo la devoluzione indiretta a seguito di assegnazione giudiziale.
- (36) Il trustee, in questo caso, è paragonabile al nostro curatore fallimentare, ma con potere di disposizione diretto.
- (37) Un acquirente di buona fede a titolo oneroso può ottenere il bene solo se ha pagato il "present fair equivalent value", che è valore più alto di quello normalmente richiesto per vedersi riconosciuto lo status di BFP. Altrimenti può solo insinuarsi tra i creditori.
- (38) Tale non è, ad esempio, un documento sottratto al sottoscrittore, anche se questi lo aveva effettivamente sottoscritto a favore di colui che poi risulta acquirente.
- (39) Il termine inglese è "acknowledgement" ed è il "riconoscimento" formale che viene prestato sia dal dante causa che dall'avente causa e che il public notary "ufficializza". L'"acknowledgement" è elemento considerato essenziale per la regolarità del "recording".
- (40) Come detto, questa regola viene attenuata dalla regola di "equity" della protezione per l'acquirente di buona fede a titolo oneroso ( c.d. *Bona fide purchaser for value doctrine*, in acronimo BFP, ricordando peraltro il contenuto peculiare che la giurisprudenza anglo-sassone attribuisce ai suoi requisiti..
- (41) Normalmente, peraltro, tali diritti sono caratterizzati dal contemporaneo "possesso" del bene, che nel sistema anglo-sassone, come detto, è primario indizio legale di sussistenza di diritti sul bene

stesso. Tuttavia tali diritti possono sussistere anche a prescindere da tale elemento di fatto, ad esempio perché il termine per la maturazione del possesso ad usucapione si è già consumato e, quindi, attualmente può non sussistere pur avendo fatto acquisire – in modo opponibile - il diritto.

- (42) Analogo in *Osin v. Johnson*.
- (43) Sostanzialmente equivalgono alla nostra ispezione nel ventennio. A partire dal primo titolo di acquisto astrattamente idoneo, quindi, purché risalente di almeno 20 anni (o, per loro, in alcuni Stati, 40 anni), precedenti pretese saranno ininfluenti.
- (44) Si ricordi, però, che basta anche un accenno (per quanto indiretto, incompleto ed impreciso) a precedenti pretese contenuto nei titoli annotati successivamente, a farle diventare opponibili.
- (45) Infatti la American Bar Association consiglia i proprietari di non fare affidamento sulla “protezione” indiretta della “lenders insurance”, in quanto corrono il rischio di rimanere, in realtà, senza alcuna protezione per sé.
- (46) L’importanza e la portata concreta di questa precisazione sono sottolineate da Boyle S., *Caveatable interests – The common lore distinguished*, Murdoch University law School, 1993.
- (47) Bisogna precisare che, negli USA, gli acquirenti di immobili residenziali possono in realtà trovare una tutela maggiore rispetto agli acquirenti di immobili non residenziali. Tuttavia, ancora una volta il livello di protezione più elevato viene riconosciuto alla “singola fattispecie” e non necessariamente – come invece per il diritto continentale – da norme di applicazione generale ed astratta, di identico contenuto.
- (48) Ancora una volta va ricordato che negli USA il RESPA (Real Estate Settlement Procedure Act) richiede, per la protezione dei consumatori, la manifestazione dei costi finanziari che potrebbero non essere esattamente percepiti dall’acquirente. Inoltre i locali Ordini Legali offrono modelli standard di contratti di acquisto che vengono largamente utilizzati nelle trattative alle quali non partecipano gli avvocati. Tuttavia, nuovamente non si può evitare di notare che – se anche finiscono per essere utili all’acquirente (o essere percepiti come tali) – per un “civil lawyer” (che non può evitare di configurarsi per come sarebbero usati nell’ambito del sistema di diritto continentale) tali “strumenti” appaiono estremamente insicuri, perché non sono “inderogabili” (sono lasciati alla libera iniziativa delle parti) e non sono uniformi nel loro contenuto (possono variare da Stato a Stato o addirittura a livello ancora più “locale”). Quindi, in sintesi, non offrono un livello minimo garantito, omogeneo ed inderogabile di protezione, come si riscontra nel diritto civile.
- (49) Pur conservando il termine “agente”, infatti, va tuttavia ricordato che in inglese “agent” è propriamente un procuratore, cioè colui che agisce “nell’interesse” di un altro soggetto.
- (50) La Banca può, alternativamente, concedere il finanziamento per il 95 o anche 100% del prezzo pagato, ma con pagamento di interessi più elevati ed obbligando l’acquirente a stipulare una polizza assicurativa per il rimborso del mutuo, ovviamente con il relativo aggravio di costi.
- (51) Risulta, tuttavia, che a volte tali costi sono sopportati dall’acquirente. Si può concludere, quindi, che sono gli usi locali, in definitiva, a stabilire a carico di chi essi gravino.
- (52) Peraltro gli stessi studiosi americani che ne sottolineano i limiti hanno posto in rilievo come una sua modificazione, almeno nel breve periodo, appaia difficilmente attuabile, per almeno due concorrenti fattori: a) l’uno economico, afferente ai notevolissimi interessi economici delle società assicuratrici che, come visto, partecipano in modo rilevante al procedimento, soprattutto in relazione alle “Title insurance policies”); e b) l’altro culturale, rintracciabile nella tradizionale avversione e aperta diffidenza degli americani verso qualsiasi “tendenza accentratrice”, e, quindi, verso la creazione di un sistema centralizzato di documentazione dei titoli di proprietà.  
Tuttavia, l’effettivo radicarsi dell’e-conveyancing – che implica indefettibilmente centralizzazione e certezza delle transazioni – potrebbe in realtà proprio costituire lo stimolo al cambiamento finora mancato.
- (53) I paesi in cui sono in discussione, in corso o sono state recentemente attuate riforme in materia di trasferimenti immobiliari sono molti: Irlanda, British Columbia canadese, Sud Africa, Hong Kong,

Australia, Svezia. Tutti i Governi interessati hanno ovviamente commissionato studi comparatistici – purtroppo non tutti direttamente reperibili in rete - sui vari sistemi attualmente applicati ed è interessante che, più o meno indirettamente, tutti dichiarano la volontà di perseguire esattamente i risultati che vengono già tradizionalmente attuati dai sistemi di diritto civile.

- (54) Per quanto sembri difficile contrastare l'e-c., tuttavia non mancano voci critiche che ne pongono in rilievo i problemi, rischi e costi prevedibili, soprattutto ricollegabili alla "sicurezza" (dei dati, delle firme, della custodia, dell'aggiornamento, della conservazione nel tempo etc.).
- (55) Il problema è, infatti, già affrontato da diversi autori anglosassoni. Si vedano i due articoli citati in bibliografia di Christansen S.
- (56) S. Birrell,, J. Barry, D. Hall, J. Parker "Is the Torrens system suitable for the 21<sup>st</sup> century", 1995

---

## Bibliografia

In generale:

- Weinstein Martin, Summary of American Law, 1989 The Lawyers Co-operative Publishing Company;
- Burnham William, Introduction to the Law and Legal System of The United States, West Group, 1999;
- Cunningham – Stoebuck – Whitman, The Law of Property, Hornbook Series, Lawyer's Edition, West publishing Co., 1984,
- Mattei Ugo, Common Law, Utet, 1992;
- Pandolfi Maria Donata, La vendita immobiliare nel sistema inglese, Giuffrè, 1992;
- Mattei Ugo, Modelli di Common law, Giappichelli (Torino), 1996;
- Abate Claudio Salvatore, Il documento legale anglo-sassone, Hoepli1998;
- Lynn J. Robert. Introduction to Estate Planning, West Group, 1992;
- Hauser Barbara, International Estate Planning: a reference guide, Juris Publishing Inc.,2003;
- Waggoner W. Lawrence, Alexander S. Gregory, Fellows Mary Louise, Family property law, University Casebook Series, The Foundation Press Inc., 1997;
- Bunn Charles, Snead Harry, Speidel Richard, An introduction to the Uniform Commercial Code, The Mitchie Company, 1964;

**Articoli e pubblicazioni varie da Internet** (URL tutti a cui si è acceduto nell'agosto-settembre 2004):

- Onsrud Harlan J., The land tenure system of the United States, Forum: Zeitschrift des Bundes der Öffentlich Bestellten Vermessungsingenieure, Jan. 1989; (University of Maine);
- Boon A. John, Title Insurance and the Real Estate Workplace, 1997;
- Johansson Monica, Land Register in Sweden – Present and Future, FIG XXII International Congress, Washington D.C., 2002;
- Sjef van Erp, "A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future european property law?", EJCL, netherlands Comparative law association, vol. 7.2, june 2003;
- Storme Matthias E., Property law in a comparative perspective, KU Leuven, centre fo r Advanced Legal studies, Spring 2004;
- Asymmetries in Housing and Financial Market Institutions and EMU, Oxford Review of economic Policy, Vol. 14, n. 3, 1998;
- McNaughton Michael and Harvey John, Housing Market Transactions: international Comparisons, 1997;
- Boyle Sandra, Caveatable interests – The common lore distinguished, Murdoch University Law School, Murdoch University Electronic Journal of

- Law, 1993;
- Griggs Lynden, Torrens Title in a digital world, University of Tasmania School of Law, Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 8, Nr. 3 (2001);
  - Christensen Sharon, The Statute of frauds in the Digital Age – Maintaining the Integrity of signatures, Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 10, Nr. 4 (2003); (ottimo anche per la analisi comparatistica)
  - Christensen Sharon, The Requirements of writing for Electronic land Contracts – The Queensland experience compared with other Jurisdictions, Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 10, Nr. 3 (2003); (ottimo anche per la analisi comparatistica);
  - Miceli T.J., Sirmans C.F. Torrens vs. Title Insurance: an Economic Analysis of Land Title Systems, University of Illinois, Office of Real Estate research, 1997
  - Kjellsson Bengt, What do Americans pay for not having a Public LIS (acronimo per Land Information Service, che viene usato internazionalmente per indicare i vari sistemi di “registrazione” degli immobili), FIG XXII International Congress, Washington D.C., 2002;
  - John De Lisle, Despite government proposal to eradicate gazumping, 2002;
  - U.S. Department of Housing and Urban Development (HUD), Buying your home, Settlement Costs and Helpful information, 1997 (HUD-398-4);
  - American Bar Association, Home Ownership (Chapter 5); Buying and Selling Home (Chapter 4);
  - Evershedes Guide for US Corporate Counsel, Areas of European Law, 2003;
  - Seller Disclosure Act, Act 92 of 1993, State of Michigan ([www.MichiganLegislature.Org](http://www.MichiganLegislature.Org));
  - AAR Revises Seller Disclosure Statement, by K. Michelle Lind, AAR General Counsel for the - Arizona Association of Realtors, February 2002 ([www.re.state.az.us/sellerdisclosure.html](http://www.re.state.az.us/sellerdisclosure.html));
  - Unconsolidated Pennsylvania Statutes, Real and Personal Property (Title 68), Real Estate Seller Disclosure Act (<http://members.aol.com/StatutesPA/68.Cp.23.html>)
  - Land Registry: sito ufficiale: [www.landreg.gov.uk](http://www.landreg.gov.uk)
  - Land Registration Act 2002 – a brief guide, Taylor Wessing ([www.taylorwessing.com/topical/private\\_client/land\\_registration\\_act2002.html](http://www.taylorwessing.com/topical/private_client/land_registration_act2002.html))
  - I e-conveyancing in Inghilterra:
  - sito governativo: [www.e-conveyancing.gov.uk](http://www.e-conveyancing.gov.uk)
  - [www.propertylawuk.net/conveyancing.html](http://www.propertylawuk.net/conveyancing.html) (Land registry and e-conveyancing)
  - [www.egi.co.uk/propert-e](http://www.egi.co.uk/propert-e)
  - Perry Raimond, E-conveyancing: promise and reality, Internet Newsletter for lawyers, Sept/Oct. 2003 ([www.venables.co.uk/n0309econveyancing.htm](http://www.venables.co.uk/n0309econveyancing.htm))
  - J.H.M. van Erp, European Private Law: post-modern dilemmas and choices, Towards a method of adequate comparative legal analysis, EJCL, Netherlands Comparative law association, vol.3.1, august 1999.

*(Riproduzione riservata)*