

Enrico Fameli

**La costruzione del diritto di superficie come diritto reale  
Dal pensiero di Coviello al Codice del 1942**

*The conception of surface right as a right in rem  
from Coviello's idea to the Code of 1942*

ABSTRACT: The development of the Italian legal system between the two codes brought the surface right to be conceived as a right in rem. The analysis of this process represents a privileged point of view to observe the complex evolution of a code-based legal system and to understand the central role of doctrine and jurisprudence between the pressures of the everyday praxis and the constraints of the legislative provisions.

KEYWORDS: Real rights, Typicality, Surface right.

SOMMARIO: 1. Il diritto di superficie, spunti di comparazione diacronica – 2. Il diritto di superficie: struttura, punti critici, figure sintomatiche – 3. Il superamento del pluralismo delle situazioni reali e l'affermazione della proprietà – 4. Il diritto di superficie fra i due codici: la proprietà superficiaria – 5. Il diritto di superficie fra i due codici: la concessione edificatoria – 6. Conclusioni.

### 1. *Il diritto di superficie, spunti di comparazione diacronica*

Le sfide della postmodernità<sup>1</sup> hanno innescato un percorso di ristrutturazione degli ordinamenti continentali, favorendo ripensamenti che riguardano le fondamenta stesse dei sistemi giuridici vigenti, in gran parte edificati a partire dalle soluzioni offerte dai *philosophes* illuministi e condotte a compimento dalla rivoluzione francese. Si tratta, come noto, di edifici eretti per porre rimedio alle pretese storture del modello medievale, descritto come confuso, legato al particolare nonché eccessivamente complesso, imprevedibile e disomogeneo e, anche per tali caratteristiche, colpevole di frenare lo sviluppo economico, ostacolando la produzione e la circolazione dei beni.

Al fine di garantire a tutti certezza e uguaglianza, si impose quindi di riconoscere lo Stato come esclusiva fonte di produzione del diritto nonché di individuare l'Uomo - senza più aggettivi né apposizioni - quale unico titolare di diritti e destinatario di comandi. Al contempo si tentò di racchiudere tutto il diritto in codici asseritamente completi nonché di vincolare i giudici all'esegesi affinché nulla potesse turbare l'astratto e prevedibile assetto scelto dal legislatore.

La realtà tuttavia, incanalata in argini così rigidi, inizierà quasi subito a tracimare, inseguendo con sempre maggior vigore la giustizia del caso concreto, anche a discapito della certezza e dell'uguaglianza formale.

In tal senso si può dire che la lunga transizione fuori dalla modernità giuridica - dalle sue certezze, astrazioni e semplificazioni - abbia prodromi lontani, ma indubbiamente tale mutamento sta vivendo una fase di rapida accelerazione, offrendo ai giuristi l'occasione di zollare vasti campi del diritto lasciati lungamente a maggese.

Inutile rammentare che le sfide poste dai mutamenti del secolo breve, e deflagrate con sempre maggiore violenza nel nuovo millennio, si presentano ben più pressanti nel vecchio continente, giacché il fenomeno comunitario rende più urgente la necessità di reinterpretare il sostrato comune delle difformi esperienze nazionali, al fine di evidenziare quei tratti utili a costruire

---

<sup>1</sup> Un interessante quadro d'insieme delle criticità nonché delle opportunità che reca con sé la postmodernità giuridica si può ritrovare negli atti del Convegno per il decennale della Scuola di dottorato in giurisprudenza dell'Università di Padova, *Percorsi giuridici della postmodernità*, R.E. Kostoris (curr.), Bologna 2016; sul medesimo argomento e con la stessa latitudine d'approccio si segnala anche, G. Grisi-C. Salvi (curr.), *A proposito del diritto post-moderno*, Roma 2018.

le basi di una famiglia europea che mostri un'uniformità rispettosa del pluralismo.

In un contesto così strutturato, e così vigorosamente proiettato verso una dimensione transnazionale, sembra che qualunque opera di revisione e ripensamento debba riconoscere un ruolo al metodo della comparazione giuridica, anche diacronica.

Così come i profumi e gli aromi di un Chianti classico possono essere confrontati con ogni altro Chianti della medesima annata oppure delle vendemmie precedenti, in modo non troppo dissimile la comparazione diacronica fra ordinamenti e istituti può offrire validi elementi di valutazione quanto quelli concessi dalla comparazione sincronica. Infatti se da una parte entrambi i processi di confronto permettono di cogliere come il tempo atmosferico, le proprietà della terra, il calore e l'esposizione al sole incidano sulle qualità del vino, allo stesso modo ambedue i procedimenti di comparazione consentono di valutare come il contesto sociale e quello economico condizionino le scelte giuridiche.

Anzi, in un mondo che deve ripensare i propri meccanismi fin dai cardini, non c'è nulla di meglio che prendere consapevolezza delle tensioni e dei contrasti a partire dai quali sono stati edificati i contrafforti principali della vigente cattedrale giuridica, così da coglierne le intime debolezze costruttive.

Proprio perché la proprietà e il sistema dei diritti reali vanno annoverati fra gli archetipi della modernità giuridica<sup>2</sup>, un'analisi condotta in questo ambito può offrire molti spunti di riflessione. Infatti, se la postmodernità reca in sé una progressiva ed estesa consunzione degli schemi tramandati nelle codificazioni, tale deterioramento appare plasticamente rappresentato proprio dalla proliferazione e dal maggiore espandersi di nuovi modelli giuridici dell'appartenenza<sup>3</sup>.

In tal senso il sempre crescente bisogno di nuove tutele, evidenziando le molte aree rimaste scoperte dalle linee operative disegnate dai vigenti codici, sta facendo entrare in risonanza il moderno modello dell'appartenenza, intaccandolo a partire dai suoi stessi dogmi costruttivi fra i quali va annoverato anche il principio di tipicità dei diritti reali limitati<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> F. Marinelli, *La cultura del Code civil. Un profilo storico*, Padova 2004.

<sup>3</sup> La categoria dei diritti reali contempla non solo nuove acquisizioni, ma anche una specifica situazione reale prossima alla dismissione: l'enfiteusi. Infatti mano a mano che le vecchie fattispecie concrete si estingueranno senza che la prassi proceda a costituirne di nuove, tale diritto si assottiglierà fino ad entrare nell'archivio storico dei diritti reali, A. Guarnieri, *Diritti reali e diritti di credito*, in A. Gambaro-U. Morello (curr.), *Trattato dei diritti reali*, Milano 2008, p. 66.

<sup>4</sup> Per Alessandro Natucci il principio di tipicità costituirebbe un principio logico giuridico sussistente in ogni ordinamento, in qualsiasi epoca anche quella medievale, A. Natucci, *La*

È opinione diffusa che la tipicità dei diritti reali costituisca un principio giuridico non codificato, ma desumibile dalla legislazione nel suo insieme e giustificato da ragioni di ordine pubblico economico. In base a tale principio i *diritti reali* sarebbero caratterizzati dalla *tipicità* e quindi dall'essere regolati direttamente e compiutamente dal legislatore con un duplice effetto sull'autonomia privata: da una parte non sarebbe ammessa la costituzione di nuovi diritti reali non previsti dalla legge, dall'altra non sarebbe concesso modificare i tratti essenziali dei diritti reali tipici<sup>5</sup>.

Quanto alle ragioni di ordine pubblico poste a fondamento dei predetti limiti si rileva come, a tutt'oggi, siano estremamente discusse<sup>6</sup>.

In origine si tendeva a valorizzare l'aspetto difensivo di tale principio, frapposto dinnanzi al rischio di un ritorno surrettizio di quei modelli dell'appartenenza medievali che si erano generati in via consuetudinaria. In quest'ottica al principio in oggetto si dava un valore essenzialmente organizzativo, una sorta di vaccino contro un'eventuale nuova epidemia delle polimorfe situazioni giuridiche reali, assolutamente incompatibili con la monoliticità della proprietà codicistica, ma endemiche nell'*Ancien Régime*.

---

*tipicità dei diritti reali*, Padova 1988, pp. 31-44; secondo la migliore dottrina storico giuridica invece, l'ordinamento giuridico medievale si caratterizzava proprio per «il completo seppellimento della tipicità, per il disgregarsi del formalismo giuridico e per la possibilità di un sistema di mille situazioni reali tante quante le mille combinazioni del gioco vario e incontrollato dei fatti economici», P. Grossi, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, p. 27; Secondo Ugo Morello il principio di tipicità sarebbe «un principio apicale del nostro ordinamento, enunciato per lunga consuetudine, ma di scarso o nullo rilievo concreto». L'autore precisa in nota che non si tratterebbe di un principio implicito, bensì di un principio non codificato, ricavabile dall'ordinamento nel suo complesso e in quest'ottica soggetto alla sua evoluzione, U. Morello, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. Gambaro-U. Morello (curr.), *Trattato dei diritti reali*, Milano 2008, p. 69 e p. 80; ancora sul tema della tipicità dei diritti reali si veda, M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2011, pp. 217-287; per uno sguardo di taglio comparatistico sul tema della tipicità dei diritti reali con una particolare attenzione alla *common law*, F. Benatti, *Le forme della proprietà*, Milano 2010, pp. 161-238.

<sup>5</sup> U. Morello, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., pp. 68-69.

<sup>6</sup> Umberto Morello precisa che «il problema del numero chiuso dei diritti reali si lega alla necessità di assicurare informazioni chiare e precise agli acquirenti dei beni (o ai creditori o ad altri interessati), in ordine al contenuto di diritti reali atipici, cioè a diritti che seguono il bene, sono opponibili ai terzi, sono generalmente di lunga durata e non sono tuttavia regolati dalla legge. Solo la legge infatti assicura, per sua stessa natura, chiarezza nei contenuti, universalità di applicazione e tutela di interessi non limitati ad esigenze particolari. Il contratto non ha la stessa razionalità», Ivi, pp. 120-121.

Oggi sembra invece prevalente il timore che da una moltiplicazione di nuovi diritti reali, sprovvisti delle garanzie connesse alla copertura legislativa, possano derivare effetti negativi sulla circolazione dei beni e sull'efficienza del mercato. Secondo siffatta impostazione, una tale proliferazione potrebbe incidere in modo rilevante sui costi di informazione incombenti su contraenti e creditori, i quali necessiterebbero quindi di maggior tempo e risorse per ottenere dati certi sul valore dei beni onde valutare le *res* da acquistare o sulle quali costituire garanzie<sup>7</sup>.

Benché sia un principio tralatizio con una lunghissima tradizione, non è un segreto che gli attacchi al principio di tipicità dei diritti reali si facciano sempre più impetuosi e convergenti, anche in forza degli argomenti offerti dalle recenti evoluzioni ordinamentali.

Soffermandoci su uno dei tanti aspetti di tale evoluzione, è noto come il legislatore europeo abbia scelto di porsi in disparte rispetto al tema dei diritti reali, sancendo, con l'art. 345 del TFUE, che i Trattati «lasciano impregiudicati i regimi della proprietà esistenti nei singoli paesi aderenti». Corollario di tale affermazione è, necessariamente, l'implicita accettazione di una pluralità di modelli dell'appartenenza negli Stati aderenti e, di conseguenza, un concorso di tipicità potenzialmente difformi eppur connesse e chiamate a interagire reciprocamente anche nei singoli contesti<sup>8</sup>.

Non mancano disposizioni nel diritto internazionale privato o nei regolamenti comunitari destinate proprio ad individuare fori competenti e normative applicabili ai casi concreti. Eppure ciò non toglie che, in un ordinamento giuridico che si definisce *integrato*<sup>9</sup> e che è interessato da un intenso traffico giuridico transnazionale, tale approccio determina inevitabili torsioni sistematiche, sempre più bisognose di armonizzazione.

<sup>7</sup> Una parte della dottrina ha infatti coniato l'interessante definizione di numero *quasi* chiuso dei diritti reali, con tale locuzione volendo intendere la possibilità di adattare i tipi previsti dal legislatore alle nuove esigenze dell'economia nonché, eventualmente, di ammettere nuove figure reali, purché dotate di un certo grado di standardizzazione tale da garantire un'efficiente circolazione dei beni e dei diritti sui beni, U. Morello, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., pp. 75-78; non bisogna infatti dimenticare che i diritti reali svolgono, anche nell'economia contemporanea, un'essenziale funzione di garanzia patrimoniale, A. Gambaro, *I diritti reali come categoria ordinante*, in A. Gambaro-U. Morello (curr.), *Trattato dei diritti reali*, Milano 2008, pp. 27-28.

<sup>8</sup> V. Mannino, *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, in «Europa e diritto privato», IV (2005), pp. 945-975.

<sup>9</sup> Nel decidere il procedimento 6/64 *Costa vs Enel*, la Corte di Giustizia ha per la prima volta statuito che «a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare» (CGUE, *Costa c. ENEL*, 1964).

Non può certo celarsi come, nei singoli ordinamenti nazionali, la giurisprudenza delle Corti supreme stia cominciando a rappresentare queste tensioni, evidenziando sempre più le crepe incise nel bisecolare vallo atlantico edificato a difesa del moderno modello dell'appartenenza<sup>10</sup>. D'altro canto è inutile nascondersi come la tendenza generale degli ordinamenti continentali sia ormai quella di ammettere nuovi diritti reali, o sfruttando un loro inquadramento nella disciplina dei preesistenti diritti reali tipici, e quindi per mezzo di una forzatura dei loro tratti essenziali<sup>11</sup>, oppure tramite una positivizzazione in nuovi istituti legislativi<sup>12</sup>.

In un tale contesto, sia per la forte richiesta di nuove forme di tutela sia per l'apparente disponibilità della giurisprudenza e del legislatore ad ascoltarle, può essere opportuno cominciare a chiedersi se ed entro quali limiti i privati possano *inventare* nuovi diritti reali sull'altrui e quindi domandarsi se ed entro quali limiti il principio di tipicità possa essere ripensato<sup>13</sup>.

Ovviamente affrontare il tema della tipicità dei diritti reali va ben oltre le possibilità del presente lavoro, ma dal quadro appena acquarellato sembra che un approfondimento sul diritto di superficie fra i due codici possa offrire alla diversa analisi sulla tipicità dei diritti reali alcuni validi spunti di riflessione<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Ad esempio, in Italia, la recente sentenza sulle valli da pesca della laguna veneta (Cass. SS.UU. 3665/2011) pone una profonda rilettura dei modelli dell'appartenenza ed in particolare della suddivisione fra beni pubblici e privati; per un'analisi della sentenza della Cassazione si rinvia a F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in «Giornale di diritto amministrativo», XI (2011), pp. 1170-1178; in Francia invece la Cassazione ha direttamente e frontalmente messo in dubbio la tipicità dei diritti reali, C. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in «Rivista di diritto civile», LXII (2016), pp. 1080-1095.

<sup>11</sup> U. Morello, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., 2008, p. 81.

<sup>12</sup> Un'elencazione a titolo meramente esemplificativo si rinviene in, A. Guarnieri, *Diritti reali e diritti di credito*, cit., pp. 61-66.

<sup>13</sup> Tale quesito si rinviene in, V. Giuffrè, *L'emersione dei iura in re aliena ed il dogma del numero chiuso*, Napoli 1992; va ovviamente tenuto presente che la formulazione convenzionale di nuovi diritti reali incontrerebbe comunque notevoli ostacoli nelle disposizioni che riservano alla legge l'individuazione delle ipotesi in cui all'autonomia privata è permesso determinare effetti in capo a soggetti terzi, A. Burdese, *Ancora sulla tipicità dei diritti reali*, in «Rivista di diritto civile», II (1983), p. 236.

<sup>14</sup> La centralità del tema del diritto di superficie è stata già messa in luce dalla dottrina lusitana della metà del secolo scorso. Le basi di partenza di tali analisi si fondano proprio sugli studi svolti dalla dottrina italiana a cavallo fra i due Codici e specialmente su quelli di Nicola Coviello e Arnaldo Lucci, autori che saranno al centro anche del presente lavoro, G. Braga da Cruz, *O direito de superficie no direito romano*, in *Obras esparsas*, I, Coimbra 1979, pp. 287 ss.

Come vedremo infatti, la caratteristica evoluzione di tale istituto giuridico nel contesto italiano a cavaliere fra le due codificazioni civili rappresenta un interessante sviluppo di un modello dell'appartenenza creato dalla dottrina e rafforzato dalla giurisprudenza, per poi solidificarsi in un diritto reale di stampo codicistico<sup>15</sup>.

In tal senso sussiste un legittimo interesse a verificare, non solo come tale situazione reale fosse concepita e tutelata prima della sua esplicita positivizzazione, ma anche le ragioni sottese alla sua cristallizzazione normativa. Tale osservazione infatti potrebbe evidenziare *se e a quali condizioni* la prassi negoziale e quella giudiziaria abbiano inventato nuovi diritti reali sull'altrui in un ordinamento a base codicistica.

Prima di intraprendere questo viaggio attraverso la storia giuridica italiana è doveroso controllare di avere nella bisaccia tutti gli strumenti necessari. Se l'obiettivo del presente lavoro è sviluppare i passaggi e le criticità che hanno portato, nel trapasso dal Codice del 1865 a quello del 1942, alla trasformazione del diritto di superficie da modello dottrinale e giurisprudenziale a istituto di diritto positivo, corre infatti l'obbligo preliminare di sviluppare uno sforzo di contestualizzazione nonché qualche piccola precisazione anche solo lessicale.

Per procedere ad una comparazione, che non si riduca a mero nominalismo, non si può prescindere da uno sforzo definitorio preliminare, così da poter circoscrivere l'ambito della ricerca e chiarire i concetti che verranno affrontati. Al fine di comprendere le difficoltà incontrate dai giuristi nel dare copertura giuridica a situazioni bisognose di tutela è quindi necessario segmentare l'istituto della superficie nei suoi tratti caratterizzanti a partire dalla disciplina attuale, così da meglio evidenziarne i punti critici per poi meglio comprendere le soluzioni offerte nel vuoto normativo del previgente Codice.

## 2. *Il diritto di superficie: struttura, punti critici, figure sintomatiche*

Con la nozione di diritto di superficie oggi intendiamo essenzialmente due distinte, ma interconnesse, situazioni giuridiche: da una parte il diritto di edificare una costruzione su suolo altrui, dall'altro il diritto di mantenere una

---

<sup>15</sup> Secondo Vincenzo Giuffrè «la superficie pur non codificata fu praticata pacificamente nell'Ottocento e, ad onta delle equivoche terminologie usate, fu considerata nei fatti qual era: uno *ius in re aliena*», V. Giuffrè, *L'emersione dei iura in re aliena*, cit., p. 99.

separata situazione giuridica di vantaggio sulla *res* edificata o *edificanda* su suolo altrui<sup>16</sup>.

Tali situazioni giuridiche partono entrambe dall'osservazione che un fondo si compone di una faccia esterna, mancante di profondità, ma su cui (e sotto cui) possono essere presenti, per fatto naturale o umano, altre *res* - anche in *fieri* - le quali possono essere naturalisticamente dotate di individualità e autonomia.

In virtù del principio di accessione suolo e costruzione debbono però essere giuridicamente considerati una cosa unica, giacché tutto ciò che viene incorporato al suolo deve entrare nella sfera dominativa del proprietario del suolo. Per infrangere tale connessione, permettendo così la nascita di una nuova *res* dotata di individualità e distinta dal suolo su cui insiste, l'ordinamento indica la via della costituzione di un diritto di superficie<sup>17</sup>.

Così inteso il diritto di superficie appare chiaramente come un limite negativo al diritto d'accessione, ovvero al potere di assorbimento presuntivamente previsto a favore del suolo nei confronti di quanto in esso verticalmente incorporato<sup>18</sup>. Tramite tale limitazione l'ordinamento ammette quindi la segmentazione in senso verticale (o se si preferisce per piani

---

<sup>16</sup> A. Guarnieri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in A. Gambaro-U. Morello (curr.), *Trattato dei diritti Reali*, Milano 2011, p. 8; G. Pasetti Bombardella, *Superficie (Dir. Priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano 1990, p. 1471; G. Pugliese, *Della superficie*, in A. Scialoja-G. Branca (curr.), *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma 1968, p. 489; circa il diritto di edificare sul suolo si deve accennare fin da subito come negli ordinamenti moderni esso si intersechi con le potestà pubblicistiche e con i regolamenti edilizi, imponendo sempre una qualche forma di comunicazione all'autorità pubblica. A seconda delle modalità ed effetti giuridici riconnessi all'espletamento di tale comunicazione si può diversamente argomentare circa la piena appartenenza delle facoltà edificatorie al diritto di proprietà. In un regime di concessione edilizia potrebbe ritenersi che la facoltà edificatoria pertenga all'ordinamento che, per l'appunto la concede al proprietario del terreno o ad altri soggetti; viceversa in un contesto informato al modello dell'autorizzazione edilizia o addirittura di semplice segnalazione di inizio di attività potrebbe sostenersi con maggior forza la stretta pertinenza delle facoltà edificatorie al diritto di proprietà, salvo il mero controllo pubblico sulla legittimità dell'esercizio della facoltà.

<sup>17</sup> L. Salis, *Superficie*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino 1971, p. 948.

<sup>18</sup> Benché il diritto di superficie sia il più rilevante limite all'accessione, quest'ultima può essere paralizzata anche da altre specifiche disposizioni di legge, come quelle in tema di addizioni e di scelte del *dominus soli*, A. Guarnieri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, cit., pp. 7-8; secondo una parte della dottrina l'influsso del diritto di superficie non sarebbe solo negativo, ovvero non si limiterebbe ad impedire il verificarsi dell'accessione a favore del proprietario; infatti secondo tale tesi il diritto di superficie andrebbe anche visto in termini di influsso positivo, giacché produrrebbe l'accessione a favore del superficiario, anziché del proprietario, G. Pasetti Bombardella, *Superficie*, cit., pp. 1478-1479.



orizzontali) della *proprietà*, autorizzando un soggetto titolato, ma diverso dal proprietario, a costruire e/o mantenere una *res* al di sopra o al di sotto del suolo altrui<sup>19</sup>.

Il soggetto titolare del diritto di costruire o mantenere una *res* sul suolo altrui, ovvero il superficiario, entra dunque in due distinte relazioni giuridiche, da una parte con la *res* edificata o *edificanda*, dall'altra con il suolo altrui.

Giovandosi dalle certezze garantite dalle disposizioni del Codice del 1942, oggi possiamo sostenere con ragionevole tranquillità che le predette relazioni giuridiche siano riconducibili all'ambito dei diritti reali. Eppure, se il rapporto del *superficiario* con la *res* presente sul suolo o sotto il suolo altrui è generalmente ricondotto alla cosiddetta *proprietà superficiaria*, viceversa appare ancora discussa la definizione giuridica del rapporto fra *superficiario* e il suolo altrui, benché esso sia quasi univocamente sussunto alla disciplina dei diritti reali limitati, e quindi alle limitazioni tipiche del diritto di proprietà<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Sul concetto di costruzione si veda G. Pugliese, *Della superficie*, cit., pp. 518-521; l'art. 956 del Codice civile del 1942 ha viceversa vietato la *superficie arborea*, in tal modo disinnescando ogni possibilità di porre limiti al diritto di accessione fondati sulla presenza di *piantagioni* e così innovando una tradizione giuridica secolare, A. Guarneri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, cit., p. 8; il tema della proprietà separata delle piantagioni meriterebbe un approfondimento che va oltre le possibilità del presente lavoro. In questa sede ci si limita a rinviare ad alcuni riferimenti bibliografici sul punto, F. Ferrara, *La superficie delle piantagioni*, in *Scritti giuridici*, III, Milano 1954, pp. 169-202; ma anche F. Maroi, *La proprietà degli alberi separata da quella del fondo*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 1956, pp. 51-77; nonché C. Giardina, *La così detta proprietà degli alberi separata da quella del suolo in Italia*, in *Storia del diritto*, II, Palermo 1965, pp. 139-334; pare altresì opportuno richiamare con particolare cura l'attenzione su un breve saggio di Francesco Ferrara laddove l'autore critica aspramente la sentenza della Corte di Cassazione del 5 luglio 1929 nella parte in cui il Supremo giudice aveva ricondotto al diritto di superficie (arborea) una pretesa riconducibile a un antico diritto di macchiatico. Nell'analizzare la mentovata sentenza l'autore ricostruisce infatti il percorso storico di tale peculiare situazione giuridica, offrendone i lineamenti definitivi e individuando in modo rigoroso il concetto giuridico di piantagione, F. Ferrara, *Diritto di macchiatico e superficie*, in «Il Foro italiano», LIV (1929), pp. 1041-1055.

<sup>20</sup> L'articolo 952 non definisce la relazione fra superficiario e suolo, tuttavia dalla lettura sistematica del Codice ne emerge chiaramente la natura di diritto reale giacché è annoverata fra i diritti *ipotecabili* (artt. 2810 e 2816 cc) ed è soggetta a prescrizione ventennale come gli altri diritti reali su cosa altrui (art. 954 cc), G. Pasetti Bombardella, *Superficie*, cit., p. 1472; come segnalato da Attilio Guarneri, l'appena riportato indirizzo dualista, (proprietà della costruzione e diritto reale limitato sul suolo) non è l'unico presente in dottrina e giurisprudenza. Da una parte alcuni autori propongono una tesi monista secondo cui l'articolo 952 disciplinerebbe solo la proprietà superficiaria, ricomprendendo in quest'ultima anche lo *ius aedificandi* su suolo altrui; altra parte della dottrina invece ricava dall'articolo 952 tre distinte situazioni giuridiche quali la proprietà superficiaria su costruzione esistente, la proprietà superficiaria sulla costruzione appena edificata e la concessione *ad aedificandum*. Quest'ultimo modello tripartito è attualmente quello prevalente

Ciononostante, in assenza della (relativamente) recente tipizzazione legislativa, tale approdo ermeneutico non era né scontato né certo.

Come presto vedremo, il Codice del 1865 non contemplava tale diritto reale<sup>21</sup> e in quest'ottica v'è da chiedersi cosa abbia impedito la strutturazione del diritto di superficie come diritto personale, presentando quest'ultima scelta l'indubbio vantaggio di scongiurare la necessità di forzare lo scigno dei tipi reali elencati dal legislatore.

Il primo obiettivo del presente lavoro è dunque quello di comprendere le motivazioni e gli ostacoli che hanno portato la dottrina e la giurisprudenza a cavaliere fra i due codici a sospingere tale istituto fra i diritti reali positivi.

Come noto, a partire dall'epoca dei codici, il giurista ricorre alla categoria generale del diritto soggettivo nonché alle sottocategorie che sono venute storicamente a comporla: quella dei diritti reali contrapposta a quella dei diritti personali o di credito<sup>22</sup>.

Fra i vari elementi distintivi atti a discriminare tra esse, spicca in modo particolare il loro diverso rapporto con l'autonomia negoziale dei privati<sup>23</sup>. Infatti, se nell'ambito dei diritti di credito ai privati è concessa la massima libertà, di converso nel contesto dei diritti reali ogni autonomia si scontra con i limiti imposti dai tipi legali.

---

in giurisprudenza, A. Guarnieri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, cit., pp. 8-16; in questa sede ci si riferisce alla tesi dualista perché in un'ottica di comparazione diacronica è quella che garantisce i maggiori margini di sovrapponibilità.

<sup>21</sup> Infatti l'elencazione dei diritti reali contenuta dell'art. 543 del Codice napoleonico è sostanzialmente traspunta nell'art. 476 del Codice civile italiano del 1865 e non annovera il diritto di superficie.

<sup>22</sup> Tale distinzione ha rilevanti conseguenze pratiche: basti pensare all'ammissibilità della tutela possessoria, la perdita per non uso, l'acquisto a titolo originario, nonché l'impatto sulla competenza territoriale del giudice. Attilio Guarnieri ci segnala tuttavia come anche questa distinzione stia vivendo momenti di ripensamento e tentativi di revisione globale, A. Guarnieri, *Diritti reali e diritti di credito*, cit., pp. 42-53; Marco Comporti sottolinea però come «tale processo non sembra essere ancora pervenuto a una totale parificazione delle due categorie», M. Comporti, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 59-62; sul punto si veda anche G. Pugliese, *Diritti reali*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, pp. 769-772.

<sup>23</sup> I vari punti di emersione della distinzione tra diritto reale e diritto di credito sono elencati, senza pretesa di completezza, da Attilio Guarnieri, A. Guarnieri, *Diritti reali e diritti di credito*, cit., pp. 53-61; secondo Giovanni Pugliese il nucleo essenziale dei diritti reali sarebbe caratterizzato da alcuni elementi distintivi quali: l'obbligo di tutti i terzi di astenersi da ingerenze rispetto alla cosa, la corrispondente pretesa del titolare verso tutti i terzi, la facoltà del titolare di compiere atti di uso, godimento e sfruttamento sulla cosa. Secondo l'autore tutti questi elementi riuniti si riscontrerebbero solo nei diritti reali, G. Pugliese, *Diritti reali*, cit., p. 775.

Tale distinzione ha ovviamente rilevanti conseguenze sul piano della circolazione dei diritti per atto fra vivi, obbligando le parti a trasferire tutti e soltanto i diritti reali previsti dal legislatore, lasciandole viceversa i privati liberi di costruire i contenitori e i contenuti dei reciproci rapporti obbligatori.

Le ragioni di tale impostazione sono certamente molteplici, ciononostante è nelle caratteristiche fondamentali della categoria ordinante dei diritti reali che possono scorgersi le motivazioni più forti e in particolare nella caratteristica dell'assolutezza<sup>24</sup>.

Quest'ultima si sviluppa su due piani: da una parte permette al titolare di *godere direttamente della cosa*, cioè senza la mediazione e la collaborazione di un soggetto terzo, e dall'altra gli garantisce la possibilità di veder tutelato il proprio diritto dalle insidie provenienti da chiunque ovvero di opporre tale situazione giuridica *adversus omnes*, giovandosi dell'*inerenza alla cosa* del diritto<sup>25</sup>.

Tali tratti evidenziano il diverso atteggiarsi nei confronti dei terzi dei diritti reali rispetto ai diritti personali.

Questi ultimi hanno solo un'eccezionale rilevanza esterna e così, ad esempio, il comodatario potrà essere chiamato a restituire la cosa al terzo acquirente del comodante e altrettanto dovranno fare gli eredi del comodatario, anche laddove fosse stato convenuto un termine<sup>26</sup>. Non altrettanto potrà accadere con i diritti reali, la cui peculiarità è appunto quella dell'assolutezza come più sopra declinata e quindi dell'azionabilità anche nei confronti di soggetti estranei all'atto costitutivo<sup>27</sup>.

Dire che il titolare del diritto reale può esercitarlo nei confronti di chiunque sia in relazione con la cosa significa anche che ogni componente dell'ordinamento è astretto a una situazione giuridica rispetto alla quale non ha

---

<sup>24</sup> «I diritti reali sono diritti assoluti e quindi rappresentano un rapporto del soggetto con la cosa o il bene che ne costituisce l'oggetto, ma non con altri soggetti (...) sono inoltre assoluti quei diritti ai quali non è correlativo alcun obbligo, cioè alcun dovere che sia elemento intrinseco del rapporto che essi implicano», V. Giuffrè, *L'emersione dei iura in re aliena*, cit., p. 35.

<sup>25</sup> È questo quello che parte della dottrina definisce come il c.d. nucleo forte della distinzione fra diritti di credito e diritti reali, U. Morello, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., p. 75, nota 22; Marco Comporti preferisce distinguere l'inviolabilità del diritto e quindi la tutelabilità *erga omnes*, dall'aspetto funzionale dell'opponibilità *adversus omnes* consistente in un insieme di poteri e facoltà derivante dall'inerenza alla cosa, M. Comporti, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 71-72.

<sup>26</sup> M. Comporti, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 54-56.

<sup>27</sup> In quest'ottica può sostenersi che il confine fra diritti di credito e diritti reali attenga particolarmente al piano della tutela, piuttosto che ad una effettiva differenza contenutistica e ontologica, M. Comporti, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 66-73; sull'estensione dell'efficacia *erga omnes* a tutti i consociati si veda, G. Pugliese, *Diritti reali*, cit., pp. 766-768.

prestato il proprio consenso, si potrebbe quasi dire a *res inter alios acta*<sup>28</sup>. In quest'ottica la tipicità risponderebbe proprio alla specifica esigenza di anticipare il consenso di tutti i cittadini a livello legislativo, rendendo quantomeno conoscibili a tutti i consociati i contenitori e i contenuti dei diritti reali, nonché i vari trasferimenti dei diritti tramite i meccanismi della pubblicità legale, in tal modo riuscendo non solo a temperare gli squilibri determinati dall'imposizione di un vincolo con efficacia *erga omnes*, ma anche a garantire certezza nonché economica reperibilità ai dati.

Così, se oggi taluno desidera vendere o portare a garanzia un immobile su cui vanta il diritto di proprietà, sarà possibile quantificare il valore di quest'ultimo con precisione, anche tramite un semplice vaglio circa la sussistenza delle *limitazioni* al diritto di proprietà ammesse dalla legge, tutte facilmente verificabili nei pubblici registri<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Secondo Alberto Burdese, in virtù dell'assolutezza dei diritti reali, «un qualsiasi atto negoziale col quale se ne modificano il contenuto o anche solo la titolarità è necessariamente e direttamente produttivo di effetti pure rispetto ai terzi estranei all'atto stesso», A. Burdese, *Ancora sulla tipicità dei diritti reali*, in «Rivista di diritto civile», II (1983), p. 237.

<sup>29</sup> Fino all'affermazione del modello codicistico e alla standardizzazione del catasto, lo stesso risultato avrebbe richiesto un maggior dispendio d'energia, senza comunque garantire alcuna certezza. Come ho avuto modo di osservare in un recente studio, se taluno avesse voluto vendere o portare in garanzia il proprio feudo avrebbe dovuto affrontare ben altri ostacoli. In primo luogo non poteva darsi per scontato che il titolare della situazione giuridica reale avesse il *diritto di disporre* della *res*, né *inter vivos* né *mortis causa*. Infatti gli atti di investitura avrebbero potuto limitare fino ad annullare tale potere, anche *sine die*. In secondo luogo, anche quando la sussistenza in capo al feudatario del potere di disporre del bene si fosse mostrata ben certa, non potendo questi trasferire più di quanto in proprio possesso, si sarebbe dovuto procedere a una ardua valutazione quantitativa del diritto. L'appartenenza infatti non investiva la *res* nella sua interezza, ma tendeva a segmentarla in ogni possibile utilità pratica traibile da quest'ultima, frantumando il diritto di godere in una molteplicità di rivoli. Non era assolutamente inconsueto quindi che, su un semplice bosco, a taluno spettasse il diritto di cacciare animali terrestri, ad altri di catturare gli uccelli, ad altri ancora di raccogliere la legna, funghi e frutta spontanea e così via, assecondando le necessità del luogo e dei suoi abitanti. Il diritto di godere della cosa in sostanza non seguivano alcuno *standard* e l'unico elemento essenziale del contratto feudale poteva considerarsi esclusivamente la sussistenza della *fidelitas*. Per disporre della *res* il titolare avrebbe dovuto quindi presentare la *reversale*, cioè l'unico documento in cui era riportato l'oggetto dell'investitura e dal quale potevano quindi essere ricavati gli specifici contenuti della singolare e unica situazione giuridica reale oggetto della trattativa. Ciononostante neppure gli elementi presenti nel documento potevano esser dati per certi, perché atti di disposizione o l'uso immemorabile potevano averli scissi dal corpo centrale del bene, segmentandoli nel corso delle generazioni a favore di singoli soggetti, comunità o corporazioni. Da tale distacco poi sarebbero potute discendere ulteriori conseguenze, giacché, ad esempio, aver acquisito il diritto di raccogliere legna avrebbe reso

In tal senso laddove Tizio desiderasse vendere la casa delle vacanze a Caio, ma avesse già ceduto lo *ius aedificandi* sull'area destinata a giardino a Mevio, tale ultimo diritto, rispettate le forme previste, sarebbe opponibile da Mevio a Caio, perché il diritto di superficie è espressamente previsto dal legislatore. Per questo motivo il valore dell'immobile delle vacanze di Tizio sarebbe da considerarsi certamente limitato dalla presenza di tale tipico peso reale.

Viceversa se Tizio, nel vendere la propria casa delle vacanze a Caio, gli imponesse contrattualmente di conservare integra la vasta area destinata a giardino per 50 anni, tale convenzione non sarebbe poi opponibile a Mevio, avente causa di Caio, giacché un tale peso sulla proprietà non rientra fra quelli tipici. Quindi il valore dell'immobile acquistato da Mevio non sarebbe gravemente inficiato dall'originaria convenzione stipulata fra Tizio e Caio.

Date queste premesse è di assoluto interesse comprendere con quali modalità e con quali argomentazioni si è giunti alla strutturazione del diritto di superficie come diritto reale a partire dagli agganci normativi offerti dal Codice del 1865.

Va tuttavia precisato che, nonostante i vantaggi in termine di semplificazione riconducibili al principio di tipicità, a tutt'oggi non è né semplice né automatico discernere fra un diritto reale e un diritto personale. Restando vicini agli esempi appena fatti, proprio la concessione *ad aedificandum* rientra tuttora fra le ipotesi di incerta definizione, permanendo la difficoltà di stabilire, in concreto, se quest'ultima dia luogo ad un diritto di superficie oppure ad un accordo con effetti limitati *inter partes*. Tale problema è affrontato dall'attuale giurisprudenza con un'indagine basata soprattutto sugli elementi della stabilità delle costruzioni, dell'inalienabilità del diritto, della trascrizione dell'atto, tutti elementi rimessi alla valutazione del giudice di merito e desumibili dal regolamento stabilito delle parti<sup>30</sup>.

---

immodificabili le aree a ciò destinate, impedendo *sine die* al titolare del dominio diretto ogni cambio di destinazione della *res*. Un diligente acquirente nonché un alienante di buona fede avrebbe dovuto quindi svolgere una serie di attività prodromiche all'acquisto, tese ad accertare la *prescrizione*, in taluni casi *ab immemorabile*, delle singole componenti della reversale, E. Fameli, *Allodio, feudo e beni comunali. Confini giuridici fra situazioni reali in una controversia dell'età moderna*, in «Historia et ius», XV (2019), paper 8.

<sup>30</sup> Per uno sguardo di sintesi sul tema si rinvia a Cass., SS. UU, sen. 30 aprile 2020, n. 8434 nella cui massima si legge che «il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda cedere in godimento ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con il diritto di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito sia attraverso un contratto ad effetti reali, sia attraverso un contratto ad effetti personali; la riconduzione del contratto concretamente dedotto in giudizio all'una o all'altra delle suddette categorie rappresenta una questione di

In quest'ottica sembra possibile individuare alcuni elementi rilevatori della sussistenza di un diritto reale, potremmo definirle *figure sintomatiche della realtà del rapporto*, utilizzabili anche in chiave di comparazione diacronica.

È appena il caso di precisare che nella disciplina contemporanea, ove il diritto di superficie è espressamente contemplato, tali figure sintomatiche servono a qualificare la volontà dei privati di stipulare un accordo avente oggetto un diritto reale. Viceversa, nel contesto del previgente Codice Pisanelli, il ricorrere delle predette figure sintomatiche andrebbe piuttosto visto come un indizio della volontà dell'ordinamento di qualificare in senso reale una situazione giuridica non espressamente prevista dal legislatore.

Fra quelle poco sopra elencate e fra le altre che vedremo analizzando le fonti giurisprudenziali, corre in questo momento l'obbligo di spendere qualche precisazione sulla *trascrizione*. Per una parte della dottrina, sarebbe proprio l'*opponibilità*, intesa come *diritto di seguito* o *inerenza alla cosa*, a costituire il principale tratto distintivo dei diritti reali<sup>31</sup>. Secondo una certa impostazione

---

interpretazione contrattuale, che rientra nei poteri del giudice di merito (...) qualora le parti abbiano inteso attribuire al loro accordo effetti reali, lo schema negoziale di riferimento è quello del contratto costitutivo di un diritto di superficie (...) qualora le parti abbiano inteso attribuire al loro accordo effetti obbligatori, lo schema negoziale di riferimento è quello del contratto atipico di concessione *ad aedificandum* di natura personale, con rinuncia del concedente agli effetti dell'accessione». Nel corpo della motivazione delle Sezioni Unite si richiamano poi gli elementi ermeneutici rimessi al vaglio del giudice di merito per valutare l'effettiva volontà delle parti la quale, appunto, è «desumibile, oltre che dal *nomen juris* (di per se stesso non determinante, ma nemmeno del tutto trascurabile nel processo interpretativo), anche da altri elementi testuali, quali la previsione relativa alla durata, la disciplina negoziale della sorte del manufatto al momento della cessazione del rapporto, la determinazione del corrispettivo come unitario o come canone periodico, la regolazione degli obblighi del cessionario in ordine alla manutenzione della base della installazione, l'eventuale richiamo a specifici aspetti della disciplina delle locazioni non abitative; nonché da elementi extratestuali, quali la forma dell'atto e il comportamento delle parti. A quest'ultimo riguardo può, ad esempio, evidenziarsi come la stipula del contratto per atto pubblico può essere valorizzata a favore della qualificazione dell'atto come contratto a effetti reali ed altrettanto può dirsi, ai sensi dell'articolo 1326, secondo comma, c.c., in relazione al comportamento delle parti, successivo alla conclusione del contratto, consistente nella decisione di trascrivere l'atto nei registri immobiliari pur quando il diritto di utilizzazione del lastrico solare sia stato concesso per una durata inferiore a nove anni»; per un punto di riferimento dottrinale che ricapitola brevemente i tratti distintivi fra le due figure giuridiche nella giurisprudenza e nella dottrina attuali e prevalenti si veda M. Comporti, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 214-215.

<sup>31</sup> A. Natucci, *La tipicità dei diritti reali*, cit., pp. 3-30 e anche pp. 129-142; secondo Alberto Burdese l'unica condizione necessaria e sufficiente a individuare la categoria dei diritti reali sarebbe piuttosto la loro assolutezza la quale andrebbe tenuta ben distinta e separata concettualmente dall'opponibilità, A. Burdese, *Ancora sulla tipicità dei diritti reali*, cit., pp. 226-

tuttavia l'opponibilità non sarebbe propria di determinati diritti per le loro caratteristiche intrinseche, bensì dipenderebbe dall'osservanza degli adempimenti pubblicitari e quindi dall'effettuazione della trascrizione<sup>32</sup>.

Laddove si aderisse alla appena annunciata impostazione, la trascrizione costituirebbe l'unico elemento da ricercare nelle pieghe del dibattito giurisprudenziale e dottrinale, in quanto quest'ultima si strutturerebbe come una condizione necessaria e sufficiente per attribuire efficacia reale ad un diritto.

Non è ovviamente questa la sede per addentrarci nella questione circa il valore giuridico della trascrizione, tema troppo importante e troppo grande rispetto alla latitudine del presente scritto, va tuttavia precisato fin da subito che nel modello del 1865 la trascrizione aveva una valenza meno pregnante rispetto all'attuale contesto, giacché l'istituto si connotava per un'esclusiva rilevanza privatistica e quindi non era basato sul principio di legalità né era destinato a garantire pubblica fede agli atti trascritti<sup>33</sup>. In quest'ottica, ai fini della presente ricerca, la sussistenza di controversie circa la trascrivibilità di titoli relativi al diritto di superficie andrà in ogni caso opportunamente corredata di ulteriori elementi rilevatori della realtà.

Prima di procedere con l'analisi delle fonti dottrinali e giurisprudenziali a cavaliere fra i due codici è necessario rivolgere l'attenzione ad un ultimo punto. Come presto vedremo, il dibattito giuridico circa la superficie non si concentrava principalmente sul confine posto fra diritti personali e reali, quanto piuttosto sul corretto incasellamento di tale situazione giuridica fra

---

239; in quest'ottica ciò che distinguerebbe i diritti reali dalle obbligazioni non sarebbe tanto il diritto di sequela, quanto piuttosto il potere di difendere giudizialmente l'esercizio di un potere o di una facoltà direttamente contro qualsiasi contestatore o aggressore nonché di poter recuperare la *res* sottratta anche al di fuori delle ipotesi di azioni possessorie, V. Giuffrè, *L'emersione dei iura in re aliena*, cit., pp. 82-83.

<sup>32</sup> La tesi è riferibile a Giorgianni ed è sintetizzata da Natucci, A. Natucci, *La tipicità dei diritti reali*, cit., pp. 15-19; secondo diversa impostazione l'opponibilità *erga omnes* dei diritti reali, non deriverebbe dalla trascrizione, ma sarebbe intrinseca alla natura stessa di diritti reali. Ponendosi in quest'ottica sarebbe quindi impossibile sostenere che qualunque diritto, anche del tutto atipico, potrebbe essere trascritto con un'appropriata organizzazione dei sistemi di pubblicità e così che qualunque diritto potrebbe essere definito reale perché opponibile ai terzi, U. Morello, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, cit., p. 79; sulla stessa linea Natucci, secondo il quale gli adempimenti pubblicitari costituiscono un elemento estrinseco rispetto al rapporto staticamente considerato. In tal senso quindi l'efficacia assoluta e l'opponibilità *erga omnes* dei diritti reali non deriverebbe dalla trascrizione bensì dalla natura intrinseca dei diritti reali, A. Natucci, *La tipicità dei diritti reali*, cit., pp. 138-142.

<sup>33</sup> G. Petrelli, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in «Rivista di Diritto Civile», V (2007), pp. 602-606.

questi ultimi. Per meglio comprendere tali ragionamenti sarà quindi necessario addentrarci brevemente nel quadro storico giuridico della nostra ricerca, evidenziando soprattutto come il modello dell'appartenenza di quel mondo dottrinale e giurisprudenziale fosse uscito da poco da un universo completamente diverso, ancora molto debitore della mentalità sviluppatasi nell'arco del millennio di storia giuridica precedente.

### 3. *Il superamento del pluralismo delle situazioni reali e l'affermazione della proprietà*

Per cominciare ad affrontare questo mondo è utile cominciare ogni discorso segnalando immediatamente la forte cesura fra modello medievale, basato su un radicato pluralismo reale, e il modello giuridico moderno che invece si basa sull'affermazione dell'istituto della proprietà come disciplinata nel Codice civile dei francesi del 1804<sup>34</sup>, prototipo dal quale successivamente gemmerà anche la codificazione civile unitaria del 1865<sup>35</sup>.

Come noto, il nucleo caratterizzante del modello transalpino è certamente costituito dal cennato istituto, che infatti pervade con la propria presenza due

---

<sup>34</sup> Sul processo di formazione del Codice francese e sulle radici culturali della codificazione napoleonica si veda S. Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano 1998; ma anche G. Tarello, *A proposito del Code Napoléon*, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, pp. 123-139; per una rapida sintesi sul Codice napoleonico e sulle sue fortune, M. Ascheri, *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino 2000, pp. 115-124; in generale, per uno sguardo d'insieme sul processo di codificazione si veda, U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002; nonché R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2006; nonché Id., *Un secolo di legislativo: la genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Torino 2015; per un quadro d'insieme si veda A. Padoa-Schioppa, *Dal Codice Napoleone al Codice civile*, in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 495-532; ma anche E. Dezza, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'ABGB (1812)*, Torino 2000.

<sup>35</sup> Sull'ambiente giuridico e le difficoltà incontrate nel processo di formazione del Codice unitario si veda S. Solimano, *Il letto di Procuste: diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano 2003; nonché G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale: percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2018; sull'influenza spiegata dal Codice napoleonico sulla legislazione italiana si veda, G. Astuti, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori*, in *Traduzione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1985, pp. 711-802; sul rapporto fra dottrina francese ed italiana nel XIX secolo, G. Tarello, *La Scuola dell'Essegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, pp. 69-101; sull'influenza della cultura giuridica tedesca si veda F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino 2016; per una raffigurazione sintetica si veda A. Padoa-Schioppa, *Dal Codice Napoleone al Codice civile*, cit., pp. 495-532.



dei tre libri del Codice napoleonico e, soprattutto, i tre quarti degli articoli complessivi<sup>36</sup>. Anche a prescindere dal dato meramente quantitativo, emerge chiaramente come nella codificazione francese la proprietà ricopra un ruolo *quasi costituzionale*, rappresentando plasticamente il desiderio del legislatore post-rivoluzionario di intraprendere un percorso nuovo, lontano dai modelli dell'appartenenza del Medioevo e dalla loro alluvionale poliedricità<sup>37</sup>.

Un quadro della polimorfa e complessa molteplicità dell'epoca che i redattori del Codice dovevano lasciarsi alle spalle è stato tratteggiato il 23 giugno 1789, proprio pochi giorni prima che lo scoppio della Rivoluzione francese ne sancisse la fine. Davanti agli Stati Generali il Re di Francia Luigi XVI, ancora ignaro del desiderio di cambiamento che già aleggiava sull'Assemblea, si era infatti impegnato a rispettare tutte *les propriétés inviolables et sacrées* presenti nei confini del Regno, evidenziandone così la pluralità in una formula aperta e omnicomprensiva.

Tale ampia congerie di figure reali erano state erette a *propriétés*, a situazioni dominative, proprio dai giureconsulti d'oltralpe, da Dumoulin a Pothier, sfruttando gli agganci ermeneutici offerti dalla teoria del *dominio diviso*<sup>38</sup> e quindi in perfetta aderenza alla realtà fattuale e all'incoerente natura delle cose.

Il predetto modello dell'appartenenza aveva immense capacità descrittive, adattandosi efficacemente alle più disparate situazioni giuridiche reali, senza bisogno di forzarle in astrattezze programmatiche e senza alcuna necessità di fruire di *tipi* predeterminati.

---

<sup>36</sup> Adriano Cavanna rammenta come la proprietà sia il fulcro dell'intero Codice citando le parole di Portalis che, infatti, l'aveva definita «elemento costitutivo dello stesso essere umano», A. Cavanna, *Mito e destini del Code in Italia. Riflessioni a margine al Panegirico a Napoleone legislatore di Pietro Giordani*, in *Scritti (1968-2002)*, II, Napoli 2007, pp. 1079-1129; secondo Cavanna infatti nel Codice si radica quello che Paolo Grossi ha tradotto nella locuzione di «individualismo possessivo», P. Grossi, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 441.

<sup>37</sup> Non a caso Paolo Grossi ritiene la proprietà un pilastro della codificazione civile, P. Grossi, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in «Quaderni fiorentini», XXXV (2006), p. 109; eppure il «modello medievale – che costituisce una singolare soluzione al problema della proprietà; che è robustamente pensato anche se mai dogmatizzato – non si spegne con l'inaugurazione dell'età nuova, ma (...) dimostra una straordinaria capacità di persistenza», Id., *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, p. 451.

<sup>38</sup> Per una sintetica ricostruzione delle origini giuridiche del *dominio diviso* si veda Ennio Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, pp. 304-314; tale teoria caratterizzò un arco storico di circa otto secoli, in un arco storico che, semplificando, può essere collocato all'incirca fra l'opera di Pillio da Medicina (morto nel 1207) e la promulgazione del Codice Napoleone (1804); sull'evoluzione storico giuridica dalle proprietà alla proprietà si veda, P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, pp. 603-665.

In assenza di un progetto politico teso a sistematizzare il complesso mondo dell'appartenenza, lo scopo di tale teoria era esclusivamente quello di dare una veste armonica alla molteplicità di figure reali come emerse spontaneamente dalla realtà economica del medioevo feudale, garantendo a tutte la massima tutela ovvero la tutela dominativa<sup>39</sup>.

Separando il *dominio diretto* del concedente dal *dominio* di chi godeva o fruiva delle singole utilità traibili dalla *res* si erigeva a posizione dominativa un enorme coacervo di situazioni giuridiche gemmate naturalmente dalla prassi e, per tale ragione, dotate di poderosa effettività e concretezza. Attraverso tale modello ogni rapporto dell'uomo con la cosa, purché supportato dal lavoro del concessionario e dal decorrere del tempo, poteva assurgere a dominio, a proprietà, sfumando lentamente in mero dato catastale la posizione giuridica del concedente. In tal senso *les propriétés* elencate da Luigi XVI potevano essere anche solo *dominia utilia*, ma erano pur sempre situazioni giuridiche dominative, stratificatesi nel corso di un'esperienza quasi millenaria e caratterizzate da differenze reciproche esclusivamente quantitative.

Un sistema dell'appartenenza così strutturato si presentava estremamente frammentato e determinava tali e tante sovrapposizioni di titolarità sui beni immobili da provocare distorsioni del traffico giuridico e difficoltà all'iniziativa economica privata.

Per comprendere le difficoltà che si potevano incontrare basti pensare che tale struttura teorica permetteva di opporre fondate resistenze alla trasformazione delle aree boschive o destinate a pascolo in terreni agricoli, ciò perché una tale modificazione si sarebbe posta in contrasto con i diritti aviti degli utilisti tutelati in via reale<sup>40</sup>.

Anche per tali motivi il *dominio diviso* finì sotto la lente dei polemisti del Settecento, cadendo, insieme a molti altri bersagli, sotto l'accezione di *feudalesimo*<sup>41</sup>, un dispregiativo termine di nuovo conio utilizzato per ricomprendere tutto quanto doveva essere cancellato del passato medievale.

---

<sup>39</sup> Secondo Paolo Grossi il *dominio diviso* sarebbe la diretta conseguenza dell'assetto fondiario medievale. Con tale teoria si trattava «di dare forma dominativa a una sostanza economica avvertita dalla comune coscienza e ricevuta nell'esperienza giuridica come dominativa», P. Grossi, *La categoria del dominio utile e gli homines novi del quadrivio cinquecentesco*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, p. 280.

<sup>40</sup> Su questa specifica questione mi permetto nuovamente di rinviare a un mio recente lavoro in cui si tratta di una controversia relativa alla trasformazione di aree boschive e destinate a pascolo in aree coltivabili, E. Fameli, *Allodio, feudo e beni comunali*, cit.; Francesco Ferrara conferma l'esistenza di tale criticità, F. Ferrara, *Diritto di macchiatico e superficie*, cit., p. 1042.

<sup>41</sup> Montesquieu sviluppò la propria teoria del feudalesimo additandolo come la causa principale dell'anarchia medievale: un sistema dannoso tanto per i sudditi, astretti a leggi

Accanto alla maggioritaria congerie di deprecati *dominia utilia*, nel panorama europeo prerivoluzionario era tuttavia conosciuto anche l'allodio. Quest'ultimo rappresentava una forma di relazione con la cosa integrante un *dominium plenum*, non segmentato cioè in una molteplicità di titolari e di situazioni reali nonché prescindente da qualsiasi rapporto *concessorio*, tanto da permettere al padrone allodiale di non dover far riferimento a nessuno come fonte e come limite dei propri diritti sulla cosa.

Nello zelo antif feudale illuminista e sulla spinta delle istanze dei fisiocrati si voleva quindi mutare ogni cosa in allodio, giacché per le sue caratteristiche costruttive appariva il miglior prototipo per una nuova proprietà - *semplice e astratta* - tale da riconoscere in capo ad un unico soggetto il diritto di godere e disporre della cosa nel modo più assoluto e quindi senza alcuna limitazione esterna.

Spirata la rivoluzione e consolidatasi l'egida napoleonica si poterono quindi stabilire le fondamenta dell'ordine nuovo. Con l'approvazione del Codice, il corpo legislativo francese, quasi fosse riunito in una sorta di Concilio di Nicea dei diritti reali, impose il dogma dell'unica Proprietà, trasformando tutte le altre proprietà in altrettante eresie. Nel dar vita alla monade ipertrofica racchiusa nell'art. 544 del Codice Napoleone<sup>42</sup>, il legislatore francese si curò quindi di nutrirla dandole in pasto tutte *le altre proprietà* vissute fino allo scoppio della rivoluzione del 14 luglio 1789, non potendo neppure ammettere l'esistenza di tante ingombranti sorellastre<sup>43</sup>.

---

vessatorie, quanto per il sovrano, vincolato ad una nobiltà riottosa. Voltaire poi, nel confermare l'analisi negativa di Montesquieu, affermò che il sistema feudale, lungi dall'essere un *unicum* storico, fosse un modello caratterizzato dalla tendenza a ciclici affioramenti rispetto ai quali bisognava cautelarsi, G. Albertoni-L. Provero, *Il feudalesimo in Italia*, Roma 2003, pp. 3-13; pure Aurelio Musi rammenta come questa «visione conflittuale» del feudalesimo si fosse sviluppata solo nel corso dei secoli XVIII e XIX, A. Musi, *Il feudalesimo nell'Europa moderna*, Bologna 2007, pp. 45 e ss.

<sup>42</sup> Articolo 544 «La proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nel modo più assoluto, purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge»; sulla genesi dell'articolo 544 si rinvia a S. Rodotà, *Note sul diritto di proprietà e l'origine dell'art. 544 del Code Civil*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano 1969; pare opportuno qui richiamare il *caveat* di Paolo Grossi, laddove rammenta di non restare «abbacinati da quel maledetto articolo 544», ma di osservarne la doppia scrittura per cogliere al suo interno tutte le resistenze medievali che vi sono state raccolte, P. Grossi, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 660; Stefano Solimano offre un quadro d'insieme sugli arresti interpretativi relativi all'art. 544 e sul ridimensionamento dalla sua portata, S. Solimano, *Verso il Code Napoléon*, cit., pp. 287-288.

<sup>43</sup> Secondo Antonio Gambaro l'articolo 544 sarebbe l'eroe eponimo di un'avventura dottrinale che fornì un'unica nozione di proprietà, eliminando tutte le altre possibili ricostruzioni, A. Gambaro, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano 1975, p. 81.

Con la codificazione francese si posero quindi le basi dell'odierno principio di tipicità, predisponendo all'art. 543<sup>44</sup> un elenco di diritti sulla cosa e conseguentemente vincolando l'autonomia privata alle possibilità di costituire esclusivamente le specifiche fattispecie previste dal legislatore, istituiti non a caso definiti come mere «modificazioni della proprietà», come emerge dalla rubrica del testo normativo.

Nell'intento del legislatore illuminista tutti i *dominia utilia* del Medioevo avrebbero infatti dovuto accomodarsi per sempre nei libri di storia e il principio di tipicità avrebbe dovuto operare da sentinella contro ogni recrudescenza. Laddove per l'ampia gamma di situazioni giuridiche reali più chiaramente legate agli schemi feudali, come appunto feudi, censi, decime e tutti i più disparati diritti signorili si poté intonare il *de profundis*, per altre *propriétés*, come ad esempio la superficie e l'enfiteusi, la questione apparve immediatamente latrice di più vaste difficoltà.

Infatti se la feudalità era già stata espressamente *distrutta*<sup>45</sup> il 4 agosto del 1789 e le terre feudali erano state espropriate e giuridicamente trasformate a seguito di aste pubbliche, viceversa l'enfiteusi e la superficie non furono oggetto di un'espressa *damnatio memoriae*, ma esclusivamente di un assordante silenzio<sup>46</sup>.

Per vero, secondo una parte della dottrina francese a ridosso della promulgazione del Codice Napoleone, l'approvazione di quest'ultimo avrebbe dovuto portare, nelle materie da esso regolato, al superamento di tutto il diritto anteriore, senza alcuna necessità di esplicite o specifiche menzioni abrogatrici<sup>47</sup>. Secondo tale estensiva e al contempo rigorosa impostazione si sarebbero dovuti considerare quindi non più vigenti anche gli istituti

---

<sup>44</sup> Art. 543 «Si può avere sopra i beni un diritto di proprietà, o il semplice diritto di usufrutto o solamente quello di esercitarvi una qualche servitù prediale».

<sup>45</sup> Nel decreto del 15 marzo del 1790, a precisazione della proclamazione di principio del 4 agosto precedente, si legge che «l'Assemblea nazionale distrugge completamente il regime feudale e decreta che, nei diritti e nei doveri, sia feudali che censuali, quelli che hanno relazione alla manomorta reale o personale e alla servitù personale, e quelli che li rappresentano, sono aboliti senza indennità».

<sup>46</sup> Secondo la ricostruzione di parte della dottrina civilistica contemporanea tali diritti reali dovevano essere infatti considerati delle prevaricazioni della proprietà immobiliare, C. M. Bianca, *Diritto Civile. La proprietà*, VI, Milano 1999, p. 543.

<sup>47</sup> Parte della dottrina infatti riteneva che tutto il diritto privato fosse regolato dal Codice, fatta eccezione proprio per la superficie e l'enfiteusi, U. Petronio, *La nozione di Codice Civile fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa completezza)*, in «Quaderni fiorentini», XXVII (1998), pp. 83-115; per un approfondimento sul tema della formazione e del sostrato culturale del Codice napoleonico v. nota 34.

semplicemente non menzionati dal Codice, in quanto sprovvisti di fondamento positivo.

Come sempre accade però, la realtà fatica a farsi incanalare in alvei troppo ristretti, cercando sempre nuovi spazi d'espressione. La prassi negoziale infatti non poteva rinunciare ad istituti diffusamente utilizzati, mostrando fin da subito la lampante necessità di porre rimedio alle dannose conseguenze di un eccesso di zelo semplificatore.

In attesa di un improbabile intervento legislativo, il dovere di ricomporre una tale discrasia fra disposizioni legislative e fattualità ricadde sui giuristi, e quindi sulla dottrina e sulla giurisprudenza. Con la *nomopoiesi* ormai saldamente in mano alle assemblee legislative, il compito di rispondere alla richiesta di tutela della prassi negoziale poteva tuttavia giovare esclusivamente degli strumenti di un'interpretazione fondata però esclusivamente sulla disciplina codificata dal legislatore.

La dottrina e la giurisprudenza della Corte di Cassazione francese avevano individuato una parziale soluzione al problema facendo leva su un raffinato ragionamento giuridico fondato su una rigorosa esegesi del Codice napoleonico<sup>48</sup>. Infatti all'articolo 553<sup>49</sup>, dedicato al principio di accessione, il Codice francese poneva la presunzione che qualunque costruzione, piantagione od opera sopra un terreno o all'interno di esso fosse stata realizzata dal proprietario a sue spese e quindi fosse di sua appartenenza. Si trattava tuttavia di una presunzione *iuris tantum*, giacché il legislatore prevedeva l'ammissibilità della prova contraria. A partire da tale dato, alla giurisprudenza d'oltralpe parve quindi validamente sostenibile che il legislatore ammettesse la possibilità di provare l'esistenza di una posizione giuridica distinta e contrapposta rispetto a quello del proprietario del suolo, ovvero un diverso diritto sulla *res* presente sulla superficie.

L'appena cennata interpretazione permetteva però di dare una pacifica copertura giuridica reale alle sole *res* già presenti su suolo altrui, garantendo il traffico giuridico su di esse tramite una segmentazione della proprietà per

---

<sup>48</sup> La latitudine del presente lavoro non consente di approfondire il vasto dibattito giurisprudenziale e dottrinale che ha interessato l'ordinamento francese. Un quadro sinottico dei principali autori francesi impegnati nell'analisi del tema nonché i riferimenti della giurisprudenza dominante si rinvengono tuttavia in L. Rossi, *Superficie*, in *Digesto italiano*, XXXIII, Torino 1912-1916, pp. 56-57; per una sintesi si rinvia a I. Birocchi e M.C. Lampis, *Superficie (dir. Interm)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano 1990, pp. 1470-1471.

<sup>49</sup> Art. 553 «Tutte le costruzioni, piantagioni ed opere sopra un terreno o nel suo interno sono presunte fatte dal proprietario a sue spese ed appartenergli, ove non sia provato il contrario; senza pregiudizio della proprietà che un terzo potesse aver acquistata o potrebbe acquistare per prescrizione sia di un sotterraneo sotto il fabbricato altrui, sia di tutt'altra parte della costruzione».

piani orizzontali. Restava tuttavia aperto il tema della qualificazione del rapporto del superficiario con il suolo altrui e conseguentemente la questione dell'individuazione della corretta tutela delle concessioni edificatorie.

Nella vigenza del Codice del 1865 le questioni affrontate dalla dottrina e giurisprudenza italiane saranno molto simili, ma contrariamente all'esperienza francese i dibattiti giuridici culmineranno nella codificazione del 1942 che riporterà la quiete fra le varie e contrapposte interpretazioni<sup>50</sup>.

#### 4. *Il diritto di superficie fra i due codici: la proprietà superficiaria*

«Il Codice del 1865 - come i codici dei preesistenti Stati italiani - non regolava il diritto di superficie (...) ho ritenuto che il nuovo Codice non potesse prescindere dal dettarne la disciplina<sup>51</sup>». Con tale apertura al capo dedicato al diritto di superficie nella Relazione introduttiva al Codice civile, il ministro guardasigilli Grandi porta immediatamente in luce la centralità del tema della positivizzazione di tale istituto all'interno del nuovo testo codificato. Il Ministro non nasconde che dottrina e giurisprudenza avessero già operato fattivamente perché l'ordinamento garantisse forme di tutela a chi versasse in tale situazione giuridica, eppure «per la tanto accresciuta applicazione nell'edilizia moderna<sup>52</sup>» ritiene di dover intervenire con lo strumento legislativo.

Come già rammentato, l'ammissibilità di tale istituto è un *leitmotiv* fra i temi di dibattito e concettualizzazione già a partire dalle prime vicende unitarie<sup>53</sup>. Infatti il problema di coordinare il silenzio della legge con le necessità di tutelare una diffusa congerie di vicende si trasforma presto in un'arena di confronto giuridico ricca di spunti nella quale vale la pena di cimentarsi<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Le soluzioni d'oltralpe costituirono la base di partenza dei ragionamenti della dottrina e della giurisprudenza italiana, in considerazione del fatto che i supporti testuali dei due diversi codici erano essenzialmente sovrapponibili. L'articolo 448 del Codice civile del 1865 è infatti una traduzione in italiano dell'articolo 553 del Codice napoleonico. Inoltre l'articolo 662 del Codice Napoleone riconosceva espressamente il diritto di proprietà sui singoli piani di una casa, allo stesso modo dell'articolo 562 del Codice civile del 1865, G. Pasetti Bombardella, *Superficie*, cit., pp. 1471-1472.

<sup>51</sup> *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942 per l'approvazione del testo del Codice civile*, p. 94

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> In generale sui dibattiti della dottrina e della giurisprudenza all'alba dell'unità d'Italia circa i temi della proprietà e dei diritti reali si veda, P. Grossi, *Tradizioni e modelli*, cit., pp. 439-569.

<sup>54</sup> Il desiderio di confronto ed elaborazione dei giuristi italiani della fine del XIX secolo è perfettamente rappresentato da Arnaldo Lucci laddove scrive che «il silenzio della legge

Ripercorrendo le linee prese nell'introduzione a questo lavoro, si cercherà dapprima di esporre il percorso che ha portato all'affermazione del concetto di *proprietà superficiaria* e successivamente si passerà ad analizzare il tema della concessione *ad aedificandum*. Il primo punto sarà sviluppato in questo paragrafo attraverso l'opera di Nicola Coviello<sup>55</sup>, cui si deve il più forte impulso alla strutturazione di tale idea<sup>56</sup>, mentre la seconda questione sarà analizzata nel prossimo paragrafo, attraverso il lavoro di Arnaldo Lucci<sup>57</sup>.

L'occasione da cui prende corpo l'intervento del giurista lucano è offerta da una pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione di Roma, una sentenza di grande rilievo che statuisce ad alto livello giurisprudenziale che «la convenzione per la quale il costruttore acquista il diritto di costruire sull'altrui suolo e questi per conseguenza rinuncia al diritto di accessione importa un trasferimento di proprietà o di altro diritto reale immobiliare e deve quindi risultare da atto scritto<sup>58</sup>».

Nel commentare il supremo giudice romano Coviello può quindi ricostruire dogmaticamente e in modo organico la propria visione del diritto di superficie, allo scopo di consentire che il traffico giuridico riconducibile a tale situazione

---

non induce però che il rapporto superficiario – cioè quell'istituto giuridico che regola in un modo qualsiasi la volontà di costituire una proprietà della superficie separata dalla proprietà del suolo – debba ritenersi escluso dalla tutela della legge (...) meno il caso in cui quella volontà ed il rapporto conseguente, per la opposizione di principi particolari o generali della legge non possa, e quindi non debba, raggiungere il riconoscimento e la tutela giuridica», A. Lucci, *Del diritto di superficie della proprietà del sottosuolo*, Napoli-Torino 1927, pp. 103-104.

<sup>55</sup> SI tratta del saggio di N. Coviello, *Della superficie considerata anche in rapporto al suolo e al sottosuolo*, Bologna, 1892; pare opportuno precisare che il testo monografico appena citato è un estratto dell'articolo comparso con il medesimo titolo sulla rivista «Archivio Giuridico», XLIX (1892), pp. 3-195; sulla figura di Nicola Coviello si veda, L. Martone, *Nicola Coviello*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXX, Roma 1984, pp. 526-528; nonché G. Chiodi, *Nicola Coviello*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi italiani*, Bologna 2013, pp. 605-607.

<sup>56</sup> Pare necessario prendere avvio dall'opera di Coviello perché quest'ultima è considerata la più idonea a rappresentare il quadro del dibattito sull'istituto della superficie nell'Italia post-unitaria. In tal senso espressamente, P. Grossi, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 535; ma anche G. Braga da Cruz, *O direito de superficieno direito romano*, cit., p. 3.

<sup>57</sup> Lucci è citato fra i le linee di pensiero fondamentali per l'analisi del tema della superficie, G. Braga da Cruz, *O direito de superficieno direito romano*, cit., p. 3; sulla centralità *de iure condendo* del pensiero di Lucci si veda G. Pugliese, *Della superficie*, cit., p. 496; l'opera in oggetto è A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit.

<sup>58</sup> Cassazione Roma, SS. UU., 25 giugno 1892, in «Annali della giurisprudenza italiana», XXVI (1892), pp. 189 e ss.

reale, benché non disciplinato normativamente, possa essere informato a garanzie di certezza e omogeneità<sup>59</sup>.

Il ragionamento del giurista lucano prende avvio dalla pulizia semantica. Il Codice del 1865 presenta infatti il termine *superficie*<sup>60</sup>, ma il significato di tale parola all'interno del testo legislativo è molto lontano dall'oggetto del discorso e dal concetto giuridico di cui questi intende occuparsi. Egli sostiene quindi che la situazione giuridica di cui andrà a parlare, la *superficie* appunto, debba essere fatta coincidere con la facoltà di godere di una *res* collocata su suolo altrui, una forma di godimento così vasta da confondersi, come accade nella proprietà, con l'edificio o la piantagione oggetto del diritto<sup>61</sup>.

Prima di potersi addentrare nel tema specifico della trattazione, l'autore è però costretto a delineare le coordinate del diritto di *proprietà sul suolo* al fine di individuarne i limiti qualitativi e quantitativi, prestando una particolare attenzione alle modalità di godimento e alla estensione verticale di tale forma dominativa.

Secondo Coviello lo spazio aereo e il sottosuolo, benché vadano certamente qualificati come *res communes omnium*, debbono comunque essere annoverati fra i possibili oggetti di proprietà, se non nel loro complesso, almeno limitatamente alle loro singole parti<sup>62</sup>. L'autore è infatti consapevole

---

<sup>59</sup> Giorgio Benettini ci informa che lo scopo di Coviello era combattere una certa corrente dottrinale che, per far acquistare la proprietà superficiaria, si accontentava del mero consenso in qualsiasi modo manifestato, G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, in «Monitore dei tribunali», LXXIX (1938), p. 257; a questa corrente apparteneva, ad esempio, Teonesto Ferrarotti. Secondo costui infatti la regola scritta nell'articolo 440 del Codice Pisanelli «secondo cui la proprietà del suolo importa la proprietà ancora di quanto vi esiste superiormente e inferiormente, non è tuttavia che fondata su una presunzione, la quale deve cadere di fronte a fatti inducenti il diritto contrario (...) quanto al modo di somministrare la predetta prova, che cioè le costruzioni, piantagioni, le opere furono fatte da terzi, ed a loro spese (...) affermiamo potersi somministrare sia con titoli, sia colle memorie, e note degli operai, dei provveditori, ed anche con la testimonianza orale di essi, o di altri, massime, ove trattasi anche di possessore di mala fede, trattandosi di provare un semplice fatto (...) non trattandosi di provare né un contratto né una gestione d'affari», T. Ferrarotti, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, II, Torino 1873, p. 135 e p. 160.

<sup>60</sup> Il termine è utilizzato «solo nel significato matematico di faccia esteriore del suolo», N. Coviello, *Della superficie*, cit., p. 6.

<sup>61</sup> Ivi, pp. 1-6; vedremo presto come tale ristretta nozione lasci in realtà completamente scoperti da tutela reale le posizioni corrispondenti a concessione *ad aedificandum*.

<sup>62</sup> «Se per cose comuni si intendono quelle che sono di tale natura da non poter cadere nel dominio esclusivo di alcuno, ma di cui l'uso è concesso a tutti indistintamente, tale è ancora lo spazio aereo il quale per la sua estensione indefinita non può essere capace di appropriazione privata. Però la caratteristica delle cose comuni (...) è che possono essere



che, seguendo una diversa conclusione, si giungerebbe a negare il diritto del proprietario del suolo ad estendere la propria sfera giuridica allo spazio sottostante e sovrastante, rendendogli impossibile ogni forma di godimento del suolo<sup>63</sup>.

Eppure egli non postula l'illimitatezza verticale della proprietà del suolo e anzi si pone in frontale contrasto con l'antico brocardo che vuole la proprietà del suolo estendersi *usque ad sidera et usque ad inferos*<sup>64</sup>. L'autore infatti ritiene un grave errore prospettico considerare illimitato l'oggetto del diritto sullo spazio aereo e sul sottosuolo, entrambi derivanti dalla proprietà del suolo, in quanto l'apprensione di tali beni dovrebbe sempre trovare un limite logico-giuridico nell'interesse concreto alla loro fruizione da parte del proprietario del suolo<sup>65</sup>.

Tale impostazione trova ragione in una corretta esegesi delle disposizioni codicistiche, giacché se da una parte l'articolo 440<sup>66</sup> del Codice del 1865 estende la proprietà del suolo al sottosuolo e allo spazio aereo, dall'altra

---

sottoposte al privato dominio per parti (...) se ciò non fosse possibile, le cose comuni sarebbero da relegarsi tra quelle che non sono cose in senso giuridico, cioè che non rappresentano all'uomo alcun valore d'uso o di scambio e sono quindi incapaci di rapporti giuridici (...) come i corpi celesti», Ivi, p. 13.

<sup>63</sup> Secondo Nicola Coviello «se tale è la natura dello spazio aereo (*res communis*), non si può negare il diritto di proprietà che al proprietario del suolo spetta su di esso (...) il godimento del suolo non sarebbe possibile se il proprietario non potesse godere dello spazio sovrastante ad esclusione di altri che vi volesse affacciare pretese», Ivi, p. 14.

<sup>64</sup> Chiara Tenella Sillani analizza e ricostruisce la storia di questo brocardo e gli effetti sulla cultura giuridica riconducendone le origini al XIX secolo, C. Tenella Sillani, *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano 1994, pp. 139-207; è opportuno notare che anche secondo Coviello il brocardo non poteva essere fatto risalire più indietro dell'epoca della Glossa, N. Coviello, *Della superficie*, cit., pp. 18-20.

<sup>65</sup> Secondo Coviello, nonostante la dizione del Codice del 1865, non può ammettersi «l'assurdo principio di una proprietà indefinita e illimitata». Infatti per l'autore «un diritto illimitato, presa questa parola nel suo vero significato, è una contraddizione in termini. Potrebbe al limite considerarsi ammissibile un *uso esclusivo*, ma solo nell'ipotesi in cui la cosa venisse ad esaurirsi con il suddetto uso, N. Coviello, *Della superficie*, cit., pp. 18-20.

<sup>66</sup> Art. 440 «Chi ha la proprietà del suolo ha pure quella dello spazio sovrastante e di tutto ciò che si trova sopra e sotto la superficie».

L'articolo 447<sup>67</sup> ne limita gli effetti alla sole facoltà di edificare, di piantare nonché a quella di «trarre tutti i prodotti possibili<sup>68</sup>».

La proprietà sul suolo quindi non deve essere considerata un diritto indefinito e illimitato, ma viceversa il suo oggetto deve essere ricondotto nei limiti dei soli *utilizzi possibili* dal punto di vista naturalistico e giuridico, secondo un accertamento nel caso concreto e quindi secondo un'aprioristica predeterminazione<sup>69</sup>. Gli *utilizzi possibili* cui fa cenno il legislatore non vanno però riferiti ad un dato momento o ad una contingente destinazione della *res*, ma a tutte le utilità traibili dalla cosa generalmente intesa. Diversamente opinando infatti andrebbe considerato più ristretto il diritto del proprietario di un fondo agricolo rispetto a quello di un fondo edificato o addirittura meno ampio quello del titolare di un fondo destinato all'orticoltura rispetto a quello necessario alla piantumazione di alberi di alto fusto<sup>70</sup>.

In quest'ottica, secondo Coviello, il limite da riconoscere alla proprietà sul suolo si deve identificare nell'interesse pratico, nell'utilità attualmente possibile, e quindi in tutto ciò che non essendo chimerico o immaginario sia semplicemente *fattibile* alla luce delle conoscenze tecniche<sup>71</sup>.

Accettando tale impostazione il diritto sul suolo si estende al sottosuolo e all'aria sovrastante non illimitatamente, ma soltanto fino al limite in cui il suo proprietario è in grado di esercitare utilmente la propria attività.

---

<sup>67</sup> Art. 447 «Il proprietario può fare sopra il suolo qualsiasi costruzione e piantagione, salve le eccezioni stabilite nel capo delle servitù prediali. Parimenti disotto al suolo può fare qualsiasi costruzione e scavamento, e trarne tutti i prodotti possibili, salve le disposizioni delle leggi e dei regolamenti sulle miniere e di polizia».

<sup>68</sup> «Non può quindi ritenersi, a voler considerare le cose senza preconcetti, accolto dal Codice il principio degli interpreti che reputarono illimitato e indefinito l'obbietto della proprietà», N. Coviello, *Della superficie*, cit., p. 21.

<sup>69</sup> A suffragio della propria linea Coviello cita anche la giurisprudenza (Cassazione Napoli, 7 luglio 1885) laddove quest'ultima afferma che «la legge civile, intesa a regolare i rapporti civili, spiega la sua azione fin dove giunge l'attività umana, dal cui attrito derivano cotesti rapporti; appunto perché era impossibile assegnare a priori un limite alla detta attività, la quale si moltiplica e progredisce alla giornata, ebbe ad indurre per sapienza legislativa che il fissarne alcuno qualunque fosse opera arbitraria e fallace», Ivi, pp. 21-22; in generale sul tema dei limiti verticali della proprietà si richiama nuovamente, C. Tenella Sillani, *I "limiti verticali"*, cit., *passim*.

<sup>70</sup> Secondo Coviello «il proprietario del suolo vuol trarne tutte le utilità possibili (...) se oggi sfrutta il fondo in una maniera domani vorrà sfruttarlo in un'altra», N. Coviello, *Della superficie*, cit., pp. 25-26; contrariamente la Corte d'appello di Catanzaro, in una pronuncia del 4 agosto del 1884, aveva sostenuto che la proprietà del suolo sul sottosuolo dovesse estendersi fino al punto necessario per la sua fruizione, ma secondo la destinazione attuale datagli dal suo proprietario.

<sup>71</sup> Ivi, p. 27

Tale lunga introduzione aiuta l'autore per introdurre il tema dell'accessione. Infatti per il giurista lucano «dall'estensione della proprietà del suolo al sottosuolo e allo spazio aereo deriva come conseguenza il diritto di accessione per cui il proprietario del suolo è proprietario di qualsiasi costruzione piantagione od opera, da chiunque fatta al di sopra o al di sotto del suolo<sup>72</sup>». Per quanto prima affermato infatti, mancando ogni forma di accessione, verrebbe meno ogni possibile estensione della proprietà del suolo al sottosuolo e allo spazio aereo; chiunque potrebbe così vantare un diritto di godimento sulle *res* edificate o piantumate sopra o sotto il suolo altrui<sup>73</sup>.

Trattandosi di un corollario del diritto di proprietà, secondo l'autore l'accessione deve essere quindi considerata come un istituto *naturale*, cioè conforme alla natura del diritto di proprietà. Se non esistesse tale principio infatti, la proprietà degli edifici apparterrebbe al fabbricante mentre quella delle piante al piantumante, facendo scivolare il titolare del suolo alla condizione di un nudo proprietario<sup>74</sup>.

Pur riconoscendo la *naturalità* del principio di accessione quale corollario del diritto di proprietà, l'autore si chiede se quest'ultimo debba essere considerato altresì *essenziale* e quindi incompressibile. Certamente il proprietario del suolo può pretendere di estendere la propria sfera dominativa allo spazio aereo o al sottosuolo, ma soltanto entro i termini del proprio interesse concreto, e quindi di una utilità fruibile in termini di *possibilità pratica*. Ne consegue che laddove manchi il predetto interesse concreto il principio di accessione non dovrebbe trovare concreta applicazione.

In applicazione della appena cennata logica, la Cassazione di Napoli<sup>75</sup> aveva statuito a favore del proprietario di un immobile la spettanza di un giusto indennizzo per la costruzione nel proprio sottosuolo di una galleria idonea allo scavo di un filone granitico. Tale decisione non derivava da una apodittica applicazione del principio di accessione, ma dall'accertamento in concreto dell'interesse del proprietario del suolo su tale filone che, infatti, avrebbe potuto essere utilmente scavato anche dalla superficie<sup>76</sup>. Secondo tale logica quindi il proprietario del suolo non avrebbe potuto pretendere alcun diritto

---

<sup>72</sup> Ivi, p. 33.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Ivi, p. 34.

<sup>75</sup> Si tratta di Cassazione Napoli, 7 luglio 1885; un estratto di quest'ultima si rinviene in N. Coviello, *Della superficie*, cit., p. 29; la sentenza per esteso invece si rinviene in «Monitore dei Tribunali», XXVII (1886), p. 834; per un elenco di pronunce conformi e per una sintesi della controversia decisa dal giudice partenopeo si veda C. Tenella Sillani, *I "limiti verticali"*, cit., p. 6-13.

<sup>76</sup> N. Coviello, *Della superficie*, cit., p. 29.

all'indennizzo da parte del costruttore dell'opera di scavo laddove le *res* fossero state edificate a una tale profondità da non potere essere fruite a partire dal proprio suolo<sup>77</sup>.

L'interesse pratico delinea quindi un limite all'estensione della proprietà in senso verticale, ma tale limite non va confuso con il divieto di atto emulativo, perché il divieto di atto emulativo presuppone che sia stato già definito l'ambito della proprietà, trasformando atti di per sé leciti in illeciti, perché sorretti da spirito di emulazione e difettosi di un giusto interesse. In quest'ottica se taluno lascia volare i propri colombi sul terreno altrui, il proprietario del suolo non dovrà essere indennizzato, non tanto perché la sua proprietà non si estenda fino allo spazio aereo sovrastante, quanto piuttosto perché il suddetto atto non è idoneo a ledere l'altrui interesse<sup>78</sup>.

Diversa questione è quella relativa alla possibilità di escludere l'applicazione del principio di accessione anche in ipotesi in cui il concreto interesse del proprietario del suolo nonché la possibilità pratica di godere delle utilità siano sussistenti.

A parere di Coviello negli ordinamenti moderni tale esclusione è ammissibile<sup>79</sup> e ciò diversamente dal mondo romano in cui, invece, il principio di accessione era essenziale, tanto da spingere il pretore, per garantire i bisogni della vita e del commercio, a coniare le *fictiones* da cui prese corpo il primo afflato di un diritto reale limitato di superficie<sup>80</sup>.

Per spiegare la propria posizione egli avvia il proprio ragionamento riconoscendo l'assenza di un testuale riferimento al diritto di superficie nella codificazione ed evocando la questione della *tipicità dei diritti reali*. Coviello tuttavia precisa come, nell'ordinamento italiano, non possa considerarsi cogente un principio di tipicità dei diritti reali in quanto non testualmente previsto come viceversa fatto, ad esempio, dall'ordinamento argentino. Nel contesto nazionale quindi non dovrebbe considerarsi sussistente alcun aprioristico limite alla creazione di un nuovo diritto reale di superficie nell'ordinamento italiano<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Ivi, p. 34.

<sup>78</sup> Ivi, p. 31.

<sup>79</sup> Per Coviello infatti sarebbe legislativamente possibile recepire i limiti naturali che corrono fra suolo, sottosuolo e soprasuolo, non presentando tale scelta vistosi problemi giuridico sistematici visto che, se è vero che il diritto di proprietà può essere considerato illimitato, non è certamente illimitato il suo oggetto, Ivi, p. 23.

<sup>80</sup> Ivi, p. 36.

<sup>81</sup> Ivi, p. 101; anche Arnaldo Lucci si porrà la questione della tipicità dei diritti reali, risolvendosi a definirla come Coviello e cioè come un principio non avente carattere tassativo, A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., p. 106; è appena il caso di notare come anche

Eppure il giurista lucano non si accontenta e si impone di analizzare il tema con maggiore complessità, giacché a suo parere «bisognerà vedere quali norme potrebbero governare il diritto di superficie, se siano sufficienti quelle poste dalla legge per quei diritti reali che si pretende abbiano somiglianza, e quindi prima se tale somiglianza vi sia; e poi in caso che quelle regole non vi siano applicabili se si debba ricorrere a' principi generali del nostro diritto positivo, oppure alle regole del diritto romano. E solo dopo che tutto ciò sarà stato discusso potremmo decidere intorno all'esistenza di un diritto reale di superficie<sup>82</sup>».

Il tentativo iniziale è quindi quello di ricondurre le necessità della superficie alla disciplina positiva del catalogo dei diritti reali previsto dal legislatore italiano del 1865, servitù, usufrutto ed enfiteusi. Si tratta però di un tentativo che lo lascerà inappagato per i motivi che di seguito si segnalano.

---

Lucci presta comunque la massima attenzione all'individuazione di agganci normativi negli istituti codificati, nella ricerca spasmodica di sostegni normativi da interpretare in via analogica e quindi senza affidarsi a una mera nomopoiesi astratta; anche Benettini si porrà il problema della tipicità dei diritti reali. Secondo costui però «il diritto deve provvedere alle pratiche necessità della vita e nulla vieta di introdurre nella legge, attraverso l'interpretazione della stessa, un diritto reale non esplicitamente elencato, quando un tale diritto non sia contrario ai principi della legge, all'ordine pubblico e al buon costume», G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, cit., p. 259; anche Lanciotto Rossi afferma che il Codice civile italiano non contiene un'enumerazione tassativa dei diritti reali. Ciononostante, con un approccio estremamente pratico, suggerisce di non parlare di un diritto speciale, ma di una speciale forma di *servitù*, perché l'obiezione relativa alla tipicità dei diritti reali «cadrebbe senz'altro quando si dimostrasse che il diritto di superficie è una servitù, vale a dire è tra quei diritti che la legge contempla e ammette». Tale suggerimento è dovuto alla volontà di scongiurare il rischio che il diritto di superficie finisse sotto l'egida dei diritti personali, L. Rossi, *Superficie*, cit., p. 80 e p. 83; si evidenzia così proprio quanto già segnalato da Paolo Grossi ovvero che «c'è, nel terreno dei diritti reali, una tendenza a lavorare *extra codicem*, o almeno tra le righe del Codice, sfruttando appieno ogni possibilità interpretativa (...) come meglio dimostrano le dispute sul tema della superficie», P. Grossi, *Tradizioni e modelli*, cit., p. 535; una voce dissonante che richiama, almeno per quanto riguarda le concessioni edificatorie, il tema della tipicità dei diritti reali è quella di Gino Segré. Nel commentare la sentenza della Cassazione di Roma del 29 dicembre 1890, l'autore analizza criticamente il tema del diritto di superficie nell'ordinamento italiano, rilevando «anzitutto io penso, per quanto remissivamente, che il diritto di superficie, non trovando posto nel nostro Codice, non possa nemmeno sorgere per convenzione, legato, etc. Vero è che i contratti hanno, per il nostro diritto, forza di legge tra le parti, ma v'è di mezzo un abisso fra questo principio e l'altro che la volontà comune delle parti o la volontà unilaterale dei disponenti possa costituire un diritto reale qualsivoglia fuori dalle categorie espressamente indicate dalla legge», G. Segré, *La proprietà delle costruzioni su suolo altrui: sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 29 dicembre 1890*, in «Il Foro italiano», XVI (1891), pp. 348-361.

<sup>82</sup> N. Coviello, *Della superficie*, cit., p. 101.

Una certa corrente della civilistica italiana, riconducibile a Vincenzo Simoncelli<sup>83</sup>, stava infatti cercando di ricondurre il diritto di superficie ad una forma *sui generis* e atipica di servitù prediale. Seguendo tale ipotesi ricostruttiva, l'edificio e il suolo avrebbero dovuto essere intesi come due immobili, il secondo dei quali servente all'altro. In quest'ottica il proprietario del suolo avrebbe visto restringersi il proprio diritto in conseguenza della concessione ad un terzo di mantenere una *res* sopra o sotto il suolo, costituendo questo tipo di concessione una sorta di servitù atipica d'appoggio. Pur mancandogli un supporto nel testo codificato, a sostegno della propria teoria Vincenzo Simoncelli può però fare riferimento all'art. 208<sup>84</sup> dell'allegato F alla l. n. 2248/1865 relativo ai lavori pubblici che infatti prevede l'assoggettamento delle proprietà private su cui insista una rete ferroviaria a una servitù di passaggio coattivo a favore della rete ferrata e sembra quindi giustificare l'intero impianto del suo ragionamento<sup>85</sup>.

Per Coviello però una tale impostazione travisa il contenuto del diritto di superficie che, a suo parere, non si riferisce al rapporto fra edificio e suolo, ma piuttosto si identifica con il diritto di godere dell'immobile edificato sul suolo altrui. Secondo l'autore lucano per poter parlare di servitù atipica di appoggio sarebbe quindi necessario riconoscere una generale cesura dominativa fra immobile servente e immobile dominante perché, ovviamente, *nemini res sua servit*. Viceversa non sarebbe possibile distinguere la proprietà della superficie da un limitato diritto sul suolo, mancando assolutamente la possibilità di raggiungere una loro materiale distinzione sul piano naturalistico, e quindi non

---

<sup>83</sup> M. Nardoza, *Vincenzo Simoncelli*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna 2013, pp. 1867-1869.

<sup>84</sup> Art. 208 «Le proprietà private che dovranno intersecarsi colle ferrovie private della seconda categoria saranno soggette alla servitù del passaggio coattivo, e coloro che costruiscono le dette strade ferrate dovranno adempiere gli obblighi tutti dalla legge imposti per l'acquisto della servitù coattiva di acquedotto».

<sup>85</sup> V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi: sentenza del Tribunale Civile di Lecce 8 giugno 1899*, in «il Foro italiano», XXV (1900), pp. 62-72; la voce di Simoncelli non era per nulla isolata in dottrina. Non è un caso quindi che il primo progetto della commissione per la revisione del Codice civile volesse regolare la concessione *ad aedificandum* alla stregua della costituzione di una servitù prediale, G. Pugliese, *Della superficie*, cit., p. 487; anzi a leggere la voce enciclopedica sulla superficie del Nuovo digesto italiano, redatta in prossimità dell'approvazione del nuovo Codice del 1942, sembra quasi che l'idea di Vincenzo Simoncelli fosse dominante, benché poi il legislatore abbia in realtà abbracciato le idee di Nicola Coviello, D. Simoncelli, *Superficie*, in *Nuovo digesto italiano*, XVIII, Torino 1940, p. 1216.

si potrebbe raggiungere la necessaria cesura fra suolo e superficie per l'impossibilità di una distinta individuazione delle due *res* sul piano materiale<sup>86</sup>.

Esclusa la possibilità di ricondurre il diritto di superficie alla disciplina positiva della servitù prediale, l'autore lucano rivolge la propria attenzione alla possibilità di ricondurre il diritto di superficie al diritto di usufrutto.

Secondo una certa dottrina francese precedente alla codificazione italiana<sup>87</sup>, l'istituto dell'usufrutto si articolava attorno a una nozione abbastanza ampia da ricomprendere ogni forma di godimento e quindi anche tutti quei diritti reali, come superficie ed enfiteusi, non esplicitamente elencati dal legislatore transalpino. Secondo tale impostazione il problema della temporaneità del diritto di usufrutto, che mal si attaglia all'ampio respiro temporale tipico dell'enfiteusi e della superficie, sarebbe stata comunque temperata del c.d. *usufrutto ripetuto*, istituto previsto nel contesto francese che permette al primo concedente di indicare gli eredi del primo usufruttuario quali successori nel diritto reale<sup>88</sup>.

Coviello però rammenta, da una parte, che la nozione di usufrutto, nell'ordinamento italiano, è utilizzata in senso stretto e tecnico ed è quindi inidonea al vasto utilizzo estensivo transalpino, dall'altra, che il Codice Pisanelli, non soltanto non prevede *l'usufrutto ripetuto*, ma anzi lo vieta espressamente all'articolo 901<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> N. Coviello, *Della superficie*, cit., p. 103; Simoncelli non riesce a capire perché Coviello accetti facilmente la possibilità di due proprietà separate fra suolo e superficie, ma rifiuti assolutamente la possibilità di instaurare fra queste due diverse proprietà una relazione giuridica di fondo dominante e fondo servente, V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, cit., pp. 62-72; Giorgio Benettini invece concorda con Coviello e sostiene che la servitù sia un collegamento esterno fra due fondi autonomi e indipendenti. Autonomia e indipendenza che nel caso del diritto di superficie mancherebbe, in quanto fra suolo e superficie si instaura un rapporto intrinseco di dipendenza, necessario non semplicemente alla mera utilità delle cose, ma addirittura alla esistenza stessa della superficie, G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, cit., p. 259.

<sup>87</sup> Già prima dell'avvento del Codice, Jacques Cujas aveva cercato di ricondurre tutti i *dominia utilia* alla struttura del diritto di usufrutto allo scopo di semplificare il quadro degli istituti reali, P. Grossi, *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica (la definizione obertina di Feudo dai Glossatori a Cujas)*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, pp. 217-245; la critica di Coviello alla riconduzione del diritto di superficie all'usufrutto prende tuttavia le mosse dalla teoria di Alexandre Duranton ed evidenzia come quest'ultima presenti alcune criticità dogmatiche e vuoti normativi che la rendono non mutuabile nell'ordinamento italiano. La teoria di Duranton è rinvenibile all'interno della sua opera, in traduzione italiana, A. Duranton, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, II, Napoli 1854.

<sup>88</sup> N. Coviello, *Della superficie*, cit., pp. 103-105.

<sup>89</sup> Art. 901 «La disposizione con colla quale è lasciato l'usufrutto o altre annualità a più

Anche a prescindere da tali considerazioni, per il giurista lucano l'impossibilità di utilizzare in modo analogico la disciplina dell'usufrutto deriverebbe proprio dall'oggetto di quest'ultimo, il quale non si limiterebbe al solo godimento della *res* presente sul suolo altrui, ma si estenderebbe naturalmente anche al suolo su cui essa è edificata o piantumata. Per tale ragione infatti, quando venga a crollare un edificio, l'usufruttuario può certamente riedificare l'*opus*, mentre altrettanto non può dirsi con la medesima sicurezza per il superficiario. Inoltre l'usufrutto è un rapporto giuridico essenzialmente personale, mentre la superficie si presenta come un diritto naturalmente alienabile e trasferibile. In quest'ottica, in ipotesi di un usufrutto trasferibile, ogni successivo usufruttuario sarebbe comunque in relazione giuridica col medesimo dante causa non essendoci successione giuridica fra costoro, viceversa nel caso della superficie in caso di trasferimento del diritto non si instaurerebbe alcun rapporto con l'originario dante causa<sup>90</sup>.

Per una parte della dottrina italiana infine<sup>91</sup>, la superficie non sarebbe altro che un'*enfiteusi urbana*. Secondo tale ricostruzione infatti i due istituti sarebbero tanto simili fra loro da permettere un'estensione della disciplina positiva dell'enfiteusi al diritto di superficie. A parere di Coviello però anche tale impostazione sarebbe erronea, giacché la superficie non presenta molte delle caratteristiche essenziali della enfiteusi, prima fra tutte l'obbligo di miglioramento della *res* concessa, sovrapponendosi a quest'ultima soltanto per una maggiore somiglianza alla *proprietà* piuttosto che agli altri diritti reali su cosa altrui, un tratto certamente rilevante e tuttavia insufficiente ad autorizzare una piena sovrapposizione dei due distinti istituti<sup>92</sup>.

In conclusione per Coviello non sussisterebbero fra il diritto di superficie e il catalogo dei diritti reali limitati già previsti dal Codice del 1865 sufficienti consonanze da giustificare una sovrapposizione delle discipline.

---

persone successivamente, ha soltanto effetto a favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testatore».

<sup>90</sup> N. Coviello, *Della superficie*, cit., pp. 103-105;

<sup>91</sup> Si tratta di A. Doveri, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze 1866.

<sup>92</sup> Ivi, pp. 107-108; «Vi sono alcuni diritti reali su cosa altrui, come la superficie (...) che attribuiscono al titolare un godimento della cosa così esteso e per converso limitano talmente il godimento del proprietario, che si è tentati di assegnare al primo la proprietà della cosa e per tanto a disconoscere quasi il secondo. Ma vi è sempre tra i due diritti una differenza fondamentale: che uno di essi, in base al suo archetipo, è concepito come illimitato, può espandersi in modo indefinito per il venir meno dei limiti che eventualmente lo gravano, e non può estinguersi, mentre l'altro, anche immaginato al massimo della sua estensione, ha sempre un limite (...) ed è suscettibile di estinzione», G. Pugliese, *Della superficie*, cit., p. 492.



Non potendosi giovare di tale supporto normativo l'autore passa quindi a verificare la sussistenza di agganci con i principi generali dell'ordinamento nonché con la tradizione romanistica, cercando di ricostruire il diritto di superficie come una speciale forma di *ius in re aliena*<sup>93</sup>.

Per Coviello lo *ius* di cui si discorre dovrebbe riassumersi nel diritto di godere del bene edificato o piantumato, mentre la *res aliena* si identificerebbe con il fondo dove il predetto bene si trova. Per ragioni storico-giuridiche, il giurista lucano ritiene però non sussistano i presupposti per costruire il diritto di superficie nell'ordinamento italiano alla stregua di uno *ius in re aliena* alle condizioni in cui si era strutturato nel diritto romano.

Secondo l'autore infatti, nella giurisprudenza romana, il diritto di superficie era nato per temperare l'assolutezza del *dominium* e conseguentemente del principio dell'accessione, cercando così d'attenuare l'inesorabile rigore applicativo del principio *superficie solo cedit*, per rispondere alle nuove esigenze abitative dell'*Urbe*, soddisfatte attraverso un vasto impiego delle *Insulae*<sup>94</sup>. In quel contesto giuridico il pretore aveva quindi dovuto dare corpo a simmetriche *fictiones*, fingendo proprietario della superficie chi non lo era e non proprietario chi in realtà lo era<sup>95</sup>. Tale impostazione si riverberava a livello definitorio, tanto da spingere Coviello a sostenere che il diritto di superficie di stampo romano «non consiste già nell'avere una cosa propria sul suolo altrui, ma nell'avere un diritto di godimento su una cosa che, per essere posta su suolo altrui, è anche altrui<sup>96</sup>».

Secondo Coviello negli ordinamenti codificati di stampo francese invece non esiste «un principio unico e inderogabile di ragion civile, e tanto meno di ragione naturale, questo che il proprietario del suolo è proprietario del sovrasuolo e del sottosuolo» e quindi «un diritto reale di superficie resta privo di giuridico fondamento<sup>97</sup>». Infatti dalla semplice lettura dell'articolo 448<sup>98</sup> del

---

<sup>93</sup> Per uno sguardo d'insieme sulle forme di tutela dei superficiari nel mondo romano si veda il recente lavoro di L. Gagliardi, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari: dalle azioni "in personam" alle azioni "in rem"*, in L. Garfalo (curr.), "Actio in rem" e "Actio in personam". *In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova 2011, pp. 5-39; ma anche F. Pastori, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano 1979.

<sup>94</sup> L. Gagliardi, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari*, cit., pp. 6-7.

<sup>95</sup> N. Coviello, *Della superficie*, cit., p. 110; il modello di tutela pretorio è perfettamente spiegato in L. Gagliardi, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari*, cit., pp. 14-22.

<sup>96</sup> N. Coviello, *Della superficie*, cit., p. 112.

<sup>97</sup> Ivi, p. 111; sulla stessa linea anche Vincenzo Simoncelli secondo il quale nel diritto romano «poiché non era ammessa la proprietà della superficie indipendente da quella del suolo, l'acquisto delle opere sopra il suolo era una necessaria conseguenza del diritto di proprietà. Oggi invece, ammessa la proprietà separata, questa non è più una conseguenza necessaria, ma solo una conseguenza normale», V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei*

Codice Pisanelli emerge chiaramente come il legislatore abbia costruito il principio di accessione come una mera presunzione relativa, ammettendo testualmente che taluno possa provare il proprio diritto sulla cosa edificata su suolo altrui. In quest'ottica l'insussistenza di un principio assoluto di accessione renderebbe, non soltanto superflua la costruzione di uno *ius in re aliena*, ma addirittura «non conforme a' principi generali della nostra legislazione il concetto romano di superficie<sup>99</sup>».

Per il giurista lucano è dunque chiaro che tale diritto non è riconducibile né ai diritti reali limitati codicistici né a un diritto reale limitato speciale riconducibile alla tradizione romanistica.

Allora che diritto sarebbe quello sancito dall'articolo 448 del Codice del 1865? Secondo Coviello esso si risolverebbe in un vero e proprio diritto di proprietà sulle *res* presenti sul suolo altrui, ammettendo in tal modo la possibilità di proprietà separate sulla medesima area e quindi la distinzione fra una proprietà sul suolo e una sulla superficie<sup>100</sup>.

---

*terzi*, cit., p. 71.

<sup>98</sup> Art. 448 «Qualsiasi costruzione, piantagione od opera sopra o disotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese ed appartenergli, finché non consti il contrario, senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati dai terzi».

<sup>99</sup> N. Coviello, *Della superficie*, cit., p. 111; l'idea di Coviello doveva essere ancora molto radicata se cinquanta anni dopo Giorgio Benettini ricorda che un diritto di superficie, concepito come uno *ius in re aliena* di stampo romanistico, nell'ordinamento italiano sarebbe un mero diritto personale, in quanto tale non soggetto a forma scritta e trascrizione, G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, cit., p. 260.

<sup>100</sup> N. Coviello, *Della superficie*, cit., pp. 114-125; il mondo giuridico precedente si presentava contrario rispetto a tale impostazione. Teonesto Ferrarotti riporta infatti l'opinione della giurisprudenza (Cassazione Firenze, 21 aprile 1870) secondo cui «il suolo è parte, e non sostegno dell'edificio. Che perciò chi è proprietario dell'uno, è necessariamente proprietario anche dell'altro. Che non è possibile la servitù di avere un edificio sul suolo altrui. Che il proprietario del suolo, se permette che altri vi edifichi sopra, ne perde il dominio, e l'edificio si acquista da chi l'ha costruito». A parziale temperamento, ma a conferma di tale impostazione un'altra parte della giurisprudenza (Corte d'appello Torino, 10 febbraio 1856) aveva sostenuto che «fra vendita del suolo e diritto del suolo non vi ha distinzione. Non è tuttavia compresa nella vendita una miniera ivi esistente che non apparteneva al venditore (...) le miniere costituiscono una proprietà separata e distinta dal suolo entro il quale si trovano, dal momento che il governo ne ha accordata la concessione», T. Ferrarotti, *Commentario teorico pratico cit.*, p. 136 e p. 160; bisogna rammentare che l'articolo 562 del Codice Pisanelli ammetteva la possibilità di considerare i diversi piani separati di un immobile come oggetti di separate proprietà. Secondo Domenico Simoncelli non sarebbe tuttavia la lettera della legge a rafforzare la teoria di Coviello, quanto piuttosto il contrario. Infatti sarebbe «impossibile che la comunione *pro diviso* dei piani di una casa in senso orizzontale possa concepirsi in modo diverso che come una proprietà superficiaria: un piano costruito su un altro, va considerato allo stesso modo di una costruzione che si eriga

### 5. *Il diritto di superficie fra i due codici: la concessione edificatoria*

L'appena esposta teoria di Coviello è quella che presenta maggior consenso nel panorama giurisprudenziale e dottrinale italiano<sup>101</sup>. Eppure la chiave ricostruttiva proposta del giurista lucano, pur adeguata a fondare la tutela reale sulle cose già presenti sul suolo altrui, appare sotto altro aspetto plasticamente deficitaria.

Infatti essa è inidonea a dare copertura giuridica alle concessioni *ad aedificandum* e quindi ai titolari di interessi non ancora concretizzatisi in un oggetto materiale<sup>102</sup>. Il motivo di tale vuoto è anche legato alla lettera dell'articolo 448 del Codice Pisanelli che, per la sua formulazione, sembra limitare la possibilità di dare prova contro la presunzione di accessione limitatamente alle cose *già esistenti*.

Proprio per ovviare a tale carenza di tutela, ma senza rinunciare alla propria visione del diritto di superficie, Coviello tenta di definire la concessione *ad*

---

su suolo altrui», D. Simoncelli, *Superficie*, cit., p. 1216.

<sup>101</sup> «La giurisprudenza ammette quasi unanimemente la possibilità di una proprietà superficiaria indipendente affatto dalla proprietà del suolo», L. Rossi, *Superficie*, cit., p. 59; alla fine degli anni trenta Giorgio Benettini può ancora affermare che il concetto di proprietà superficiaria separata da quella del suolo sia pacifica in dottrina e giurisprudenza, G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, cit., p. 257; la miglior sintesi del pensiero di Coviello si rinviene in un articolo di Arnaldo Lucci dove per l'appunto si legge che «il Codice civile italiano, come tutti quelli a tipo francese, riconosce la legge della accessione (...), ma ammettendo il costruttore a dare la prova contraria, ammette la possibilità giuridica di un patto che deroghi all'accessione; si raggiunge così per questa via la ipotesi di una proprietà superficiaria in contrapposto alla proprietà del suolo». L'autore precisa poi che tale lettura, fondata sul testo dell'articolo 448 «può dirsi predominante tra gli scrittori e del tutto pacifica in giurisprudenza», A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., p. 104 e p. 111; pare opportuno precisare che Lucci si era già occupato dell'argomento molti anni prima rispetto all'opera utilizzata in questa sede, A. Lucci, *Il diritto di superficie*, in «Archivio Giuridico», 51 (1894), pp. 67-74.

<sup>102</sup> Non c'è dubbio che la convenzione riguardante un edificio o una piantagione esistente siano traslative della proprietà, i dubbi invece riguardano l'ipotesi in cui «la costruzione o piantagione sia da farsi», N. Coviello, *Della superficie*, cit., pp. 148-156; come rammenta Lino Salis infatti «nel Codice del 1865 non era contemplato il diritto di superficie: era peraltro riconosciuta la possibilità di esistenza di una proprietà su piantagioni e su costruzioni (...) problema assai dibattuto era, invece, quello relativo alla possibilità di ammettere, nel silenzio della legge, la costituzione di un diritto che consentisse ad una persona di poter costruire, su terreno altrui, una nuova opera di cui mantenere la proprietà separata», L. Salis, *Superficie*, cit., p. 945

*aedificandum* come un'alienazione attuale dello spazio aereo<sup>103</sup>. Tale scelta ricostruttiva incontra però feroci critiche dalla dottrina, in primo luogo perché lo spazio non è considerabile come una cosa corporale, mentre è corporale ciò che occupa lo spazio e quindi il costruendo edificio; in seconda istanza perché la costruzione non aderisce allo spazio aereo oggetto della vendita, ma al suolo sottostante che però rimarrebbe in proprietà altrui<sup>104</sup>.

Nel perdurante silenzio della legge, è quindi chiaro agli addetti ai lavori che molte situazioni giuridiche rimangono affidate a forme disomogenee di tutela, nonostante le fattispecie riconducibili alla concessione *ad aedificandum*, siano «più che mai nella realtà pratica presenti, e chiedano un regolamento giuridico<sup>105</sup>». Il punto critico è ovviamente quello di individuare il corretto

<sup>103</sup> Bisogna oltretutto segnalare che Coviello ritenesse che qualsiasi ricostruzione diversa dalla propria avrebbe dovuto necessariamente spingere la concessione *ad aedificandum* verso le obbligazioni e lontano dai diritti reali, V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, cit., p. 68.

<sup>104</sup> Coviello, *Della superficie*, cit., pp. 150-156; fra le opinioni contrarie si riporta, a mero titolo d'esempio, il pensiero di Vincenzo Simoncelli. Questi infatti non condivide l'opinione di Coviello di immaginare la concessione edificatoria come un'alienazione dello spazio aereo. Questo principalmente perché il vuoto, quale grandezza negativa, si sottrarrebbe alla pretesa dominativa, al *meum esse aio*. Inoltre Simoncelli non ritiene che lo spazio aereo possa essere considerato davvero un bene giuridico perché, nonostante sia fonte di possibili utilità, queste ultime deriverebbero dalla titolarità dello suolo sottostante, V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, cit., pp. 63-68; alla fine degli anni trenta Giorgio Benettini sostiene ancora che la maggioranza degli autori è contraria alla possibilità che si possa concepire una proprietà dello spazio aereo distinta da quella del suolo. Anzi afferma addirittura che concepire una tale proprietà sarebbe «aberrante ad ogni principio giuridico», G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, cit., p. 258; rispetto alla qualificazione dello spazio aereo come bene giuridico concorda invece con Coviello Lanciotto Rossi, L. Rossi, *Superficie*, cit., pp. 61-67; una diversa e contemporanea soluzione alla medesima questione è quella di Gino Segré. Egli immagina che la concessione edificatoria sia sostanzialmente sovrapponibile ad una vendita di cosa futura. Anche tale ricostruzione incapperà però nel fuoco di fila della dottrina, G. Segré, *Sulla concessione del diritto di edificare e sulla pretesa proprietà dello spazio aereo*, in «il Foro italiano», XVIII (1893), p. 1002 e ss.; fra le voci critiche si segnala, a titolo d'esempio, Vincenzo Simoncelli il quale disapprova la possibilità di parlare di vendita di cosa futura tanto da arrivare a dire «che con la concessione *ad aedificandum* si venda il diritto di costruire l'intendo, ma che si venda come cosa futura l'edificio che deve sorgere a spese del costruttore (...) è una costruzione giuridica la cui repugnanza colla realtà delle cose darebbe luogo alle più curiose e disparate quistioni pratiche», V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, cit., p. 70; secondo Benettini inoltre, concepire la concessione *ad aedificandum* come una vendita di cosa futura, garantirebbe al costruttore esclusivamente una tutela in via obbligatoria, almeno fino alla realizzazione dell'opera sullo spazio sovrastante, G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, cit., pp. 258-259; sul punto vedi in sintesi anche, G. Pugliese, *Della superficie*, cit., pp. 493-494

<sup>105</sup> A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., p. 105.

strumento di tutela dei titolari di concessioni edificatori, per metterli al riparo da possibili lesioni alla loro posizione giuridica nell'attesa della realizzazione della *res*, edificio o piantagione<sup>106</sup>.

Arnaldo Lucci ripercorre quindi i punti critici di tale scopertura, cercando di offrire una soluzione ermeneutica organica<sup>107</sup>. Secondo costui, sarebbe proprio la nozione di superficie diffusamente accettata dalla dottrina e giurisprudenza italiana a costituire il vincolo che impedisce una ricostruzione di tale situazione giuridica in modo da ricomprendere anche le *concessioni ad aedificandum*.

Benché non emerga l'intenzione di aggredire frontalmente l'idea dominante della proprietà superficaria, traspare come quest'ultima sia considerata insufficiente o quantomeno bisognosa di un affiancamento<sup>108</sup>. Infatti secondo Lucci un diritto di superficie che si risolve nella proprietà superficaria fino a confondersi nell'oggetto stesso di tale proprietà, trascura completamente di analizzare il rapporto intercorrente fra il suolo e la cosa edificata o piantumata,

---

<sup>106</sup> V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, cit., p. 70; per Giorgio Benettini «il problema dogmatico è quindi quello di determinare la natura giuridica della concessione *ad aedificandum*, questione dalla quale discende la necessità o meno di procedere alla redazione in forma scritta e alla trascrizione della predetta convenzione», G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, cit., p. 257.

<sup>107</sup> Secondo Lucci, nel corso della storia delle legislazioni, sono state ricondotte alla nozione di diritto di superficie varie situazioni e soprattutto, da una parte, quella in cui il proprietario concede ad un terzo di costruire o piantumare nel proprio suolo, senza che la proprietà della costruzione o piantagione sia assorbita dalla proprietà del suolo e, dall'altra, quella in cui il proprietario del suolo aliena ad un terzo la sola superficie del fondo, cioè le costruzioni o le piantagioni già esistenti. Tali situazioni di fatto sono poi state variamente inserite nelle più disparate configurazioni giuridiche e in particolare sotto l'egida del diritto personale oppure sotto quella del rapporto reale, sia nella forma di una vera proprietà superficaria, in contrapposizione a quella del fondo, sia in quella di uno *ius in re aliena*, A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., p. 8;

<sup>108</sup> Lucci arriva addirittura a dire che l'idea di una proprietà superficaria sia una inutile superfetazione, bastando le norme sulla proprietà a definire come tale il diritto sulla cosa presente sul suolo altrui, A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., p. 127; Simoncelli segnala come sia propria la carente concettualizzazione del rapporto fra suolo e superficie a costituire il punto critico dell'indagine di Coviello, tanto da spingere quest'ultimo a postulare la necessità di un limitato godimento del suolo a favore della *res* presente sulla superficie, almeno per quanto occorre all'esistenza della superficie stessa, Vincenzo Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, cit., p. 62; per Giorgio Benettini «il problema è sempre quello del rapporto della proprietà superficaria con la proprietà del suolo, è il punto più critico quello sul quale dottrina e giurisprudenza sono più fantasiose e contraddittorie dovendosi considerare assurdo che le due proprietà siano totalmente autonome e indipendenti», G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, cit., p. 257.

mentre è proprio da tale rapporto che andrebbero colte le possibili soluzioni e tutele per le *res in fieri* ovvero per le concessioni edificatorie<sup>109</sup>.

Lucci ricorda come il modello romano della superficie fosse incentrato proprio sul rapporto fra suolo e superficie<sup>110</sup>. D'accordo con Coviello, egli ritiene però che un diritto di superficie speciale inteso proprio come quello romano, cioè come un diritto di godimento su una cosa altrui posta su un terreno altrui, sarebbe estraneo allo spirito dell'ordinamento nazionale e che quindi, anche laddove riprodotto per volontà dei privati, non potrebbe trovare tutela giuridica reale<sup>111</sup>.

Secondo tale impostazione, la volontà delle parti non potrebbe neppure costituire un rapporto superficiario che, invece di sfociare nella proprietà superficiaria, si consolidasse piuttosto in un mero *ius in re aliena* di stampo romanistico, in quanto una tale situazione giuridica non sarebbe soltanto priva di copertura legislativa, ma addirittura in contrasto con i principi fondamentali della codificazione civile<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Trascurare tale rapporto è particolarmente grave se si pensa che «quando si parla di proprietà separate, quella della costruzione e quella del suolo, si vuole significare che una costruzione poggia e si addentra in un suolo, del quale il proprietario della costruzione non è proprietario», A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., p. 113 e p. 118; molto più severe le parole di Vincenzo Simoncelli secondo cui «lo studio del Coviello parve esauriente nella parte in cui si afferma e si difende il concetto della proprietà separata del soprassuolo, come invece parve deficiente la sua costruzione nella parte che egli giustamente definiva la più delicata della materia, cioè nel definire il rapporto del soprassuolo col suolo», V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, cit., p. 61.

<sup>110</sup> Preliminarmente Lucci esclude la riconducibilità del diritto di superficie alla disciplina dell'enfiteusi e dell'usufrutto per le stesse ragioni già indicate da Coviello. Mostra invece una maggiore apertura rispetto alla possibilità di concepirlo alla stregua di uno *ius in re aliena* sussumibile nella servitù prediale ma, una volta riconosciute le profonde differenze intercorrenti fra il rapporto che lega il fondo servente a quello dominante rispetto alla relazione che lega la costruzione al suolo, è a sua volta comunque costretto ad escludere ogni analogia, A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., pp. 108-112;

<sup>111</sup> Anche Lucci infatti ritiene che la legge italiana, ammettendo la possibilità di proprietà separate fra suolo e costruzione, superi quel principio di accessione necessaria rispetto al quale il diritto di superficie romano era una necessaria eccezione. «Non v'è dubbio che l'antico *ius superfici* non esiste più, né riproducendosi per volontà dei privati può, nella forma del diritto romano, trovar tutela nella nostra legge», Ivi, pp. 119-120; secondo Bulfoni non ne sarebbe *in nuce* esclusa la tutela, ma una tale situazione giuridica andrebbe semplicemente sussunta alla categoria del diritto personale anziché a quella del diritto reale, G.B. Bulfoni, *Superficie*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XV, Napoli 1910, pp. 757-758.

<sup>112</sup> «Se la volontà dei privati nella attenuazione del diritto di proprietà sulla costruzione giungerà a negarne il contenuto, si sarà dato nascimento a ben altri istituti giuridici». Tali istituti sono elencati in via esemplificativa dall'autore identificandoli con la locazione, l'usufrutto, l'uso e l'abitazione. In tutti questi casi infatti non vi sarà necessità di disciplinare

Sgombrato il campo da tale opzione, l'autore constata però che, dall'analisi della concessione edificatoria, emerge come essa realizzi una rinuncia all'accessione ovvero un trasferimento della facoltà edificatoria insita nel diritto di proprietà. Così intesa la concessione *ad aedificandum* non potrebbe in alcun modo essere considerata dal punto di vista meramente obbligatorio né essere considerata un «mero modo di nascita del diritto di proprietà superficaria<sup>113</sup>» dovendo necessariamente trovare una tutela adeguata al suo evidente contenuto reale.

L'idea dell'autore è quindi quella di proporre un radicale cambio di prospettiva, identificando il diritto di superficie, non più con la sola proprietà superficaria, e quindi con il bene oggetto di godimento, quanto piuttosto con la concessione *ad aedificandum*, cercando così di trasformare la facoltà di costruire una *res* propria sul terreno altrui in un diritto reale.

L'obiettivo è quindi distinguere la proprietà superficaria dal diritto di superficie, ovvero da una parte il diritto di godere e mantenere un bene sul suolo altrui dall'altra il diritto di edificarlo o riedificarlo<sup>114</sup>, salvo però affiancarli entrambi sotto il medesimo strumento di tutela reale.

Secondo Lucci infatti la proprietà superficaria sarebbe solo l'effetto del diritto di superficie, mentre il contenuto di tale diritto si identificerebbe piuttosto nella facoltà di edificare o riedificare il bene<sup>115</sup>. In quest'ottica la realizzazione della proprietà superficaria potrebbe essere il frutto, non soltanto dell'alienazione di un bene già esistente, separatamente dal suolo, ma anche della concessione del diritto di costruire sul suolo altrui<sup>116</sup>.

Il pregio di tale ipotesi ricostruttiva è certamente quello di permettere, alle medesime condizioni, la tutela in via reale sia dei beni già esistenti sia di quelli ancora da edificare o piantumare<sup>117</sup> e così di affrontare con maggior semplicità anche alcune frequenti questioni pratiche nella prassi forense.

---

alcun rapporto speciale col suolo, A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., pp. 121-122.

<sup>113</sup> Ivi, pp. 127-128.

<sup>114</sup> Il fallimento della teoria di Coviello viene proprio ricondotto all'ostilità di quest'ultimo ad accettare la distinzione fra proprietà superficaria e diritto di superficie, L. Rossi, *Superficie*, cit., p. 76;

<sup>115</sup> A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., 129-131; con Lucci concorda Benettini secondo il quale infatti «con la concessione ad aedificandum il proprietario del suolo concede la facoltà di disporre del suolo per quanto è necessario ad edificare, la facoltà cioè di elevare e mantenere le costruzioni nello spazio aereo sovrastante il suolo. In tal modo il concessionario non resta privo di tutela finché l'edificio non sia costruito», G. Benettini, *Il diritto reale di costruzione*, cit., p. 258.

<sup>116</sup> A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., p. 131 e p. 198;

<sup>117</sup> L'approdo di tale impostazione dunque permette di arrivare a sostenere che il «il diritto

Un tema oggetto di profonda discussione è infatti quello relativo al momento dell'acquisto della *res* edificata sul suolo altrui e quindi se la concessione *ad aedificandum* determini un acquisto a titolo derivativo o originario.

Accettando la prima impostazione il diritto di proprietà sul bene edificato dovrebbe considerarsi trasmesso dal proprietario del suolo al costruttore dopo la costruzione, mentre nella seconda ipotesi potrebbe sostenersi che tale acquisto si verifichi per il fatto della costruzione in virtù di un diritto reale sul suolo precedente all'edificazione<sup>118</sup>.

La centralità della discussione, specie in giurisprudenza, si doveva a una diuturna questione fiscale che riguardava i versamenti dei tributi sui trasferimenti fondiari, ovvero la determinazione della loro entità.

La fattispecie più frequente si presentava nelle ipotesi di concessioni *ad aedificandum* solo verbali. Quando si verificava l'alienazione della sola proprietà del suolo al costruttore, successiva ovviamente all'edificazione dell'edificio, l'erario chiedeva di pagare i tributi, non esclusivamente sul valore del suolo, ma su quello derivante dalla avvenuta costruzione, benché il bene fosse stato edificato dall'acquirente in un momento precedente. Per il fisco infatti, in difetto di prova scritta, non poteva ritenersi superato il principio generale dell'accessione a favore del proprietario del suolo e quindi l'alienazione del suolo avrebbe dovuto comprendere anche il valore del bene edificato.

Secondo un primo orientamento (Cassazione di Roma 16 luglio 1890) quando un soggetto terzo costruisce sul suolo altrui, il proprietario del suolo può scegliere se ritenere la *res* pagandone i materiali oppure ordinare al costruttore di smantellare quanto edificato. Secondo la Corte tale possibilità implica anche che il proprietario del suolo, se non vuole ritenere la costruzione né ordinare di smantellarla, può decidere di cederla insieme con il suolo al costruttore, in tal modo rifiutando l'accessione. Tale rifiuto dell'accessione da parte del proprietario del suolo però non richiederebbe alcuna forma e quindi, secondo la Cassazione di Roma, il fisco non potrebbe

---

di superficie non è la proprietà superficaria, ma il diritto che porta alla proprietà superficaria», Ivi, p. 131; poco più avanti egli ribadisce il concetto asserendo che «sotto il nome di diritto di superficie deve intendersi quel diritto reale di edificare o piantare, il quale conduce alla proprietà separata della costruzione o piantagione superficaria. Questo diritto è alienabile e trasmissibile agli eredi», Ivi, p. 140; e ancora «la proprietà superficaria è l'effetto del diritto di superficie, non il suo oggetto (...) oggetto non può essere la costruzione, ma la potestà di avere la costruzione in proprietà separata (...) la proprietà superficaria può non essere ancora sorta, ed il diritto di superficie essere costituito validamente», Ivi, pp. 142-143.

<sup>118</sup> Ivi, p. 133.



gravare la transazione anche del maggior valore derivante dalla realizzazione di un edificio. Successivamente però lo stesso giudice capitolino, a Sezioni Unite, (Cassazione di Roma, 25 giugno 1892) ribalterà l'orientamento imponendo la forma scritta *ad substantiam* per la concessione *ad aedificandum*<sup>119</sup>.

Le controversie processuali si estendevano poi anche al di fuori delle questioni fiscali, fino ad abbracciare anche al tema delle garanzie reali, strumento necessario per procurarsi le risorse finanziarie necessarie all'attività edilizia. In una diversa controversia infatti si era presentato il problema della validità dell'iscrizione di un'ipoteca a carico di un immobile costruito su un terreno altrui. Stante la radicale nullità di una garanzia ipotecaria costituita su beni altrui, il costituente intendeva difendersi in giudizio sostenendo l'acquisto a titolo originario di quegli immobili, in forza di un accordo verbale con il proprietario del terreno. Per la Corte di Firenze tuttavia «il semplice fatto di aver costruito a proprie spese sul suolo altrui non accorda alcun diritto di proprietà al costruttore, ma solo gli conferisce un'azione di credito verso il proprietario del suolo (...) la proprietà dello edificio costruito spetta soltanto al proprietario del suolo (...) ed a ritenere un concetto diverso non vale l'addurre che nella specie concorse il consenso del proprietario del suolo, perché questo consenso in sostanza altro non sarebbe che la renuncia per parte di costui ad un diritto di proprietà immobiliare per trasferirlo in altri, e quindi la prova del medesimo non potrebbe darsi né desumersi da prove orali o semplici presunzioni, ma dovrebbe invece risultare da atto scritto con obbligo della trascrizione<sup>120</sup>».

È quindi chiaro che, ricostruendo il diritto di superficie come un rapporto obbligatorio, l'acquisto della proprietà sul bene edificato si verificherebbe a titolo derivativo, con ogni conseguenza anche a livello fiscale e ipotecario.

<sup>119</sup> A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., pp. 216-221; sul tema delle tasse di registro sui trasferimenti fondiari e quindi il problema se il tributo vada applicato alla sola proprietà del suolo oppure alla proprietà edificata, la Cassazione si era espressa anche nel 1891, affermando la necessità della forma scritta per la concessione edificatoria, per la necessità che la prova contraria alla presunzione di accessione sia della medesima qualità di quella richiesta per la situazione giuridica del proprietario del suolo, in quel caso un diritto reale, Cassazione Roma, 31 dicembre 1891. La predetta sentenza si rinvia nella rivista, in «La legge. Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia», XXXII (1892), pp. 290-291.

<sup>120</sup> Il giudice fiorentino ricorda anche i più importanti arresti sul tema ricordando che «la giurisprudenza quantunque in passato sia stata su questo punto alquanto oscillante, pure nei tempi recenti si è, può dirsi, accordata nell'accogliere i principi ora accennati come ne fanno fede le sentenze della Cassazione di Roma del 4 dicembre 1890 e 31 dicembre 1891, e quella resa a sezioni unite della stessa Corte nel 25 giugno 1892», Corte d'appello di Firenze 27 giugno 1899. La predetta sentenza si rinvia nella rivista «il Foro italiano», XXV (1900), pp. 38-42.

Più dibattuta la questione sul piano della ricostruzione del diritto di superficie in chiave reale. Infatti volendo ricostruire il diritto di superficie come proprietà superficaria separata dal suolo, per anticipare gli effetti reali in capo al costruttore a un momento anteriore alla realizzazione della *res*, è necessario immaginare, come nella teoria di Coviello, che il proprietario del suolo proceda all'alienazione dello spazio aereo, in tal modo dando corpo ad un acquisto a titolo derivativo di una cosa però non ancora esistente, ma che con una forzatura si finge esistente. Secondo Lucci invece con la concessione *ad aedificandum* il proprietario del suolo aliena al costruttore esclusivamente la facoltà di costruire, ovvero una quota parte del diritto di proprietà sul suolo stesso. In tal modo il costruttore acquista un diritto reale sul suolo altrui e, una volta realizzata l'opera, ne acquista la proprietà per il fatto stesso della costruzione e quindi a titolo originario per accessione<sup>121</sup>.

Mancando un solido appoggio normativo alla propria teoria, Lucci è costretto a dilungarsi sulle caratteristiche necessarie alla valida costituzione del diritto di superficie avente natura reale. Egli ritiene sia necessario che la concessione ad edificare preveda come effetto il trasferimento della proprietà sull'immobile, negando così la costituzione di un diritto superficie nelle ipotesi in cui tale concessione o non preveda alcun trasferimento oppure preveda il trasferimento di un diritto reale limitato o la costituzione di un rapporto obbligatorio avente ad oggetto la *res edificanda*.

L'attenzione all'accordo concessorio non deve tuttavia soffermarsi esclusivamente sulla presenza e sull'oggetto del trasferimento al termine dell'edificazione del bene, ma l'attenzione deve estendersi ad ulteriori aspetti.

Infatti, secondo Lucci, la separazione tra la proprietà della costruzione e quella del suolo è ammissibile, non solo in forza di un rapporto reale come appunto il diritto di superficie, ma anche in virtù di un rapporto personale, come ad esempio una locazione del suolo, benché in quest'ultimo caso l'autorizzazione a costruire non potrà essere iscritta nei registri immobiliari né potrà essere opposta ai terzi non dando corpo a un diritto di superficie<sup>122</sup>.

<sup>121</sup> A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., pp. 134-137.

<sup>122</sup> «La separazione tra suolo e costruzione in rapporto del diritto di proprietà è possibile tanto per effetto di un diritto reale sul suolo, tanto per effetto di un rapporto personale: ma quest'ultimo, pur conducendo al medesimo risultato del primo, non sarà un diritto di superficie bensì una locazione del suolo», A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., pp. 138-139; la visione di Simoncelli era invece molto più semplicistica. Occupandosi di una questione simile egli arriva infatti a distinguere tra due ipotesi: da una parte quella in cui il locatore vende al conduttore le migliorie esistenti sul fondo e dall'altra invece quella in cui il locatore concede al conduttore di fare migliorie sul bene. Nella prima ipotesi non vi sarebbe alcun dubbio che il proprietario venda al conduttore le migliorie presenti in qualità di proprietà immobiliari e che quindi il contratto di locazione venga attratto da un'alienazione

Il diritto di superficie può quindi sorgere naturalmente in via convenzionale, ma saranno soltanto le singole clausole contrattuali a determinare se ci si troverà davanti alla nascita di un diritto reale di superficie o piuttosto ad un rapporto obbligatorio, consapevoli però che entrambi potranno portare all'acquisto della proprietà superficaria da parte dell'edificante<sup>123</sup>.

Così, ad esempio, se la concessione ad edificare è inserita in un contratto di locazione, per sapere se il conduttore-concessionario edificatore potrà acquistare la proprietà sulla *res* o se viceversa si realizzerà una normale accessione a favore del proprietario locatore, bisognerà guardare alle clausole contrattuali, alla luce dei criteri giuridici generali e quindi l'ermeneuta dovrà individuare la volontà concreta delle parti.

Se la *res* venisse edificata o piantata con il consenso del locatore e quest'ultimo riconoscesse al conduttore le facoltà di alienare, ipotecare, modificare o addirittura distruggere le *res* presenti sul terreno non potranno esservi dubbi sulla costituzione di una proprietà superficaria a favore del costruttore, benché la concessione edificatoria fosse contenuta all'interno di un contratto avente natura personale<sup>124</sup>. Se viceversa l'accordo fra le parti non prevedesse nessuno dei predetti elementi dovrà necessariamente applicarsi direttamente il principio dell'accessione con acquisto del bene edificato in capo al locatore.

Nella ricostruzione di Lucci la proprietà superficaria sulla costruzione sarebbe quindi l'esito o di uno *ius in re aliena*, avente come contenuto la facoltà

---

immobiliare pretendendo la forma scritta e la trascrizione necessarie alla valida stipulazione di quest'ultima. Nella seconda ipotesi invece, accanto alla locazione, si affiancherebbe un altro negozio giuridico, ovvero una concessione edificatoria. Se per Coviello tale concessione edificatoria avrebbe dovuto essere qualificata come una semplice cessione di immobile - intendendo come tale lo spazio aereo - per Simoncelli invece si sarebbe trattato di un diritto reale limitato riconducibile alla servitù. In entrambe le ipotesi, secondo Simoncelli, la concessione *ad aedificandum* avrebbe avuto comunque bisogno della forma scritta e della trascrizione dell'atto, V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, cit., p. 63-68.

<sup>123</sup> A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., p. 194.

<sup>124</sup> A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., pp. 194-195; secondo Vincenzo Simoncelli l'addizione effettuata dal conduttore determina un'accessione immobiliare di proprietà a favore del locatore sicché questo è obbligato a pagare l'aumento dell'imposta fondiaria che verrà a gravare sul fondo. Il conduttore dal canto suo è certamente titolare di un diritto di credito contro il locatore, ma potrà esercitarlo solo al termine del contratto di locazione, V. Simoncelli, *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, cit., p. 60; come segnalato nella parte introduttiva del presente lavoro, il problema della qualificazione in concreto delle concessioni edificatorie è tutt'oggi presente in giurisprudenza.

di fabbricare, e quindi tutelato in via reale oppure di una mera locazione sul suolo, tutelata invece in via obbligatoria<sup>125</sup>. A tali ipotesi andrebbe ovviamente affiancata quella dell'alienazione della *res* già esistente separatamente dalla proprietà del suolo, atto giuridico che però, nell'idea di Lucci, sarebbe comunque da ricondurre ad una concessione edificatoria, in tal caso da intendersi come facoltà di riedificare l'edificio in caso di crollo o rovina.

## 6. Conclusioni

Già dalla fine del XIX secolo, quindi, la dottrina italiana appare maggioritariamente orientata a riconoscere tanto l'esistenza di un diritto reale di superficie quanto l'esigenza di assoggettarlo alla forma scritta e alla trascrizione, senza molto riguardo per il principio di tipicità dei diritti reali. Dal canto suo anche la giurisprudenza maggioritaria, a partire dalla sentenza del 25 giugno 1892 delle Sezioni Unite della Cassazione di Roma, sembra assestata nel richiedere per le concessioni *ad aedificandum* le medesime forme prescritte per i diritti reali, anche se i giudici non sembrano propensi né alle definizioni né alle analisi dogmatiche<sup>126</sup>.

Eppure né lo stratificarsi della dottrina né gli arresti giurisprudenziali sono in grado di far cessare le difficoltà interpretative, ma anzi la mole di fattispecie emergenti dalla prassi quotidiana favorisce il sorgere di orientamenti minoritari e soluzioni contrastanti. Così, ad esempio, il 6 maggio del 1935 la Corte d'appello di Torino è libera di emanare una sentenza in frontale contrasto con la dottrina e la giurisprudenza dominante, arrivando a negare l'avvenuta accessione a favore del proprietario del suolo di un immobile sulla base di un concessione edificatoria verbale, risultante soltanto da dichiarazioni

---

<sup>125</sup> L'ipotesi ricostruttiva proposta da Lucci sarebbe stata più congegnale alla teoria di Vincenzo Simoncelli piuttosto che a quella di Nicola Coviello, Ivi, p. 62.

<sup>126</sup> Lucci stigmatizza la situazione rilevando che «tutto il materiale giurisprudenziale, elaborato in occasione di queste pratiche, quali la necessità dell'atto scritto per la prova della rinuncia all'accessione, la necessità della trascrizione, della tassa di registro calcolata in rapporto o meno al trasferimento di beni immobili, non ha contribuito a uno studio dell'istituto da un punto di vista strettamente scientifico». Infatti, anche solo limitatamente al singolo tema della trascrizione, si potranno annoverare almeno tre indirizzi ricostruttivi: quello di chi, ritenendo il diritto di superficie un diritto personale, non lo considererà mai soggetto a trascrizione, quello opposto di chi lo considera un diritto reale e quello intermedio che valuterà necessaria la trascrizione solo laddove l'atto si riconnetta al trasferimento di *res* già edificate e quindi non nell'ipotesi di concessione *ad aedificandum*, A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., pp. 132-133; pare opportuno notare che gli elementi sintomatici individuati dalla giurisprudenza ed elencati da Lucci sono molto simili a quelli che utilizza tuttora la giurisprudenza v. nota 30.

prestate presso gli uffici dell'edilizia comunale. Tale pronuncia è addirittura salutata con favore ed annotata da Antonio Uckmar secondo cui «per vincere la presunzione dell'articolo 448 basta la prova (che può essere fornita con qualsiasi mezzo) che la costruzione sia stata edificata da un terzo a proprie spese»<sup>127</sup>.

L'enorme sforzo dialettico messo in campo dalla dottrina e dalla giurisprudenza alla fine del XIX, e qui sommariamente acquarellato, non è quindi sufficiente a garantire certezza interpretativa a livello nazionale, perché tale sforzo è inidoneo a vincolare il traffico giuridico coattivamente, tanto più in un ordinamento non informato allo *stare decisis*<sup>128</sup>.

Tale constatazione è forse la miccia che farà esplodere il bisogno di positivizzazione dell'istituto nella codificazione del 1942, ma le finalità ultime di intervento normativo emergono chiaramente dalle parole di Lucci il quale, appunto, rileva che «le legislazioni che hanno regolato il diritto di superficie in tempo recentissimo con finalità di rendere più agevole la costruzione di case, a mezzo di credito pubblico o privato, si sono premurate di rendere più che mai certo e stabile questo istituto, senza di che invano il costruttore avrebbe potuto ricorrere al credito ed ottenere i prestiti per la costruzione»<sup>129</sup>.

Sembra quindi che la positivizzazione di un diritto reale venga percepita come il mezzo più efficace che l'ordinamento possa offrire ai privati per dare le garanzie necessarie a ottenere prestiti bancari tali da sviluppare l'attività edilizia, lasciando così trasparire la funzione economica di tale previsione.

Il diritto di superficie sancito dal Codice del 1942<sup>130</sup> prende quindi corpo dagli arresti della dottrina e della giurisprudenza, racchiudendo al suo interno

<sup>127</sup> La sentenza della Corte d'appello pare sia in linea con un assesto della Corte di Cassazione di Roma del 2 luglio 1927, A. Uckmar, *Costruzione sul suolo altrui consentita dal proprietario. Presunzione di accessione all'effetto delle tasse di trasferimento*, in «Giurisprudenza italiana: la legge rivista universale di giurisprudenza e di dottrina», LXXXVIII (1936), pp. 1-6.

<sup>128</sup> Come già accennato, Pugliese annovera Lucci fra gli autori che hanno cercato di dare una soluzione al problema della proprietà superficaria attraverso idee *de iure condendo*. Sembra utile rammentare però che Pugliese riteneva che la teoria di Lucci abbisognasse dell'intervento legislativo in quanto considerava «l'elenco dei diritti reali come un elenco tassativo non suscettibile di estensione» G. Pugliese, *Della superficie*, cit., p. 496; è appena il caso di notare come in realtà né per Coviello né per Lucci la tipicità dei diritti reali costituisse un limite insormontabile alla creazione di nuove forme di tutela, anche reali v. nota 81.

<sup>129</sup> A. Lucci, *Del diritto di superficie*, cit., p. 233.

<sup>130</sup> Per un quadro d'insieme sull'ordinamento fra i due codici si rinvia a A. Padoa-Schioppa, *Dal Codice Napoleone al Codice civile*, cit., pp. 495-532; sul passaggio dall'una all'altra codificazione, R. Bonini *Disegno storico del diritto italiano (dal Codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, Bologna 1996; per un *focus* generale sul Codice del 1942, R. Teti, *Codice civile e*

sia l'idea della proprietà superficaria di Coviello sia la necessità di valorizzare a livello codicistico anche il diritto di costruire su suolo altrui al fine di garantirgli la massima tutela prevista dall'ordinamento<sup>131</sup>.

A quanto pare però neppure la legge è sempre in grado di garantire assolute certezze al traffico giuridico e spesso deve limitarsi ad offrire solidi appigli ai ragionamenti dell'indispensabile dottrina. Infatti anche Grandi è costretto a dire di aver «lasciato alla dottrina il problema della configurazione giuridica della concessione *ad aedificandum* e del rapporto di inerenza della costruzione al suolo. Per la risoluzione di tale problema può costituire un utile criterio direttivo la norma dell'ultimo comma dell'articolo 954 secondo la quale il diritto di fare la costruzione si estingue per prescrizione per effetto del non uso ventennale. Questa disposizione, che non si applica evidentemente alla proprietà sulla superficie, dimostra in sé che la concessione *ad aedificandum* è un autonomo diritto reale su cosa altrui che diventa un vero diritto di proprietà quando la cosa è costruita»<sup>132</sup>.

---

*regime fascista*, Milano 1990; per una panoramica sui contenuti e sulle criticità della nuova codificazione si rinvia ai saggi contenuti in *I cinquant'anni del Codice civile. Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, Milano 1993.

<sup>131</sup> L'art. 952 del Codice civile del 1942 dispone che «Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo». In tal senso al primo comma si riconosce la possibilità di costituire sul suolo altrui un diritto reale limitato a favore di chi voglia fare o mantenere una costruzione, positivizzando la teoria di Lucci. Al secondo comma invece si sancisce l'esistenza nell'ordinamento della c.d. proprietà superficaria, già teorizzata da Coviello nella vigenza del precedente Codice. Come sostenuto da Giovanni Pugliese infatti «l'unica dottrina passata che sopravvive all'entrata in vigore del Codice del 1942 è ovviamente quella del Lucci (...) la quale non fondata sul diritto positivo, costituiva un'anticipazione del regime introdotto (...) mentre ribadisce l'ammissibilità di una proprietà della costruzione separata dal suolo», G. Pugliese, *Della superficie*, cit., pp. 497-498.

<sup>132</sup> *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro guardasigilli*, cit., p. 94.