



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI  
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND  
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



## ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)  
CONCETTA MARIA NANNA

*Diritto di superficie e di sopraelevazione tra antichi dogmi e moderne istanze evolutive*



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,  
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,  
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,  
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,  
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,  
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,  
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,  
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,  
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,  
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,  
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,  
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

---

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,  
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: [FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT](mailto:FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT)

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG



Concetta Maria Nanna

DIRITTO DI SUPERFICIE E DI SOPRAELEVAZIONE TRA ANTICHI DOGMI E  
MODERNE ISTANZE EVOLUTIVE\*

ABSTRACT	
L'autore, dopo aver analizzato l'origine ed il contenuto del diritto di superficie, si sofferma sulla ratio legis del diritto di sopraelevazione. Quest'ultimo, secondo una parte della dottrina, configurerebbe un vero e proprio diritto di superficie, che verrebbe concesso, per ragioni "esclusivamente" pratiche, al proprietario dell'ultimo piano o al titolare esclusivo del lastrico solare, da parte degli altri condomini, in quanto "pieni proprietari" della cosa comune. Nello scritto si perviene invece a soluzioni differenti, individuando nella sopraelevazione una facultas insita nel diritto di proprietà individuale. L'analisi congiunta dei due istituti fa emergere l'opportunità di una rilettura in chiave costituzionale ed evolutiva dei rapporti giuridici reali, in quanto "strumenti" di realizzazione ed esplicazione della persona umana.	After the analysis of the origin and content of leasehold estate, the author focuses on the ratio legis of building lease. The latter, according to some principles of the Law, would represent a real leasehold estate that all residents of a building - being "full owners" of the shared property- can confer to the owners of the highest floors or to the unique holder of the building's roof, for "merely" practical reasons. On the contrary, the study sheds light on different solutions, pointing out that building lease is an inner facultas of any private property right. From the investigation of both cases, the opportunity for a constitutional and developmental interpretation of real juridical relationships emerges, considering such relationships as "means" of human beings' fulfillment and self-expression.
<b>Diritto di superficie – proprietà - diritto di sopraelevazione</b>	<b>Leasehold estate – pr operty - bu ilding lease</b>

SOMMARIO: 1. Origini e contenuto del diritto di superficie: il problema della proprietà superficiaria e della proprietà separata. - 2. Natura giuridica del diritto di sopraelevazione, quale facoltà del proprietario dell'ultimo piano o del titolare esclusivo del lastrico solare, in relazione al godimento della cosa comune. - 3. Diritto di superficie e di sopraelevazione quali "strumenti" di esplicazione della persona umana, secondo la rilettura costituzionale dei rapporti giuridici reali.

1. - Un recente intervento della Suprema Corte in materia di natura giuridica del diritto di superficie<sup>1</sup> costituisce l'occasione per rimeditare la *ratio* di un istituto che

\* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

<sup>1</sup> Si tratta di Cass., 7 aprile 2014, n. 8084: nel caso di specie la titolare del diritto di superficie si era limitata ad innalzare solo i pilastri ed i getti dei balconi, provvedendo successivamente solo alla

sembra aver perso “attualità” e “dinamismo” nell’attuale panorama positivo e nell’evolversi degli istituti privatistici. L’attenzione del legislatore, da un lato, e della dottrina, dall’altro, appare ormai prevalentemente concentrata sull’approfondimento dei rapporti obbligatori e delle relative fonti, con particolare riguardo alla figura del contratto, che ha mostrato una notevole capacità di adeguamento e “conformazione” rispetto alle mutate esigenze della realtà sociale, sì da rappresentare lo strumento d’indagine – oltre che quello “operativo” – più idoneo a perseguire i molteplici interessi, di volta in volta coinvolti.

Sembra così opportuno cercare di comprendere se ed in che misura, allo stato attuale, possano avere (ancora) rilevanza gli istituti “tradizionali” del diritto positivo, relativi alla teoria dei beni e dei diritti reali, *prima facie* strettamente legati ad uno statico e cristallizzato “mondo dogmatico” ormai distante dalle mutevoli esigenze della realtà. Ed in tal senso, nell’ambito dei diritti reali disciplinati dal nostro codice civile, la superficie rappresenta un utile strumento d’indagine, in considerazione del suo “connaturato” ed intenso rapporto con l’altrui diritto di proprietà.

Volendo riassumere in estrema sintesi l’origine del diritto di superficie, va precisato che esso è nato sulla base di esigenze squisitamente pratiche, fin dal diritto romano<sup>2</sup>. Infatti, com’è noto, secondo i principi fondamentali dello *jus* civile tutto ciò che veniva all’esistenza sul suolo doveva appartenere, per il principio dell’accessione, al proprietario del suolo stesso, costituendo così un’unità inscindibile e legata all’assolutezza del diritto del proprietario stesso, che si estendeva *usque ad sidera et usque ad inferos*. La pienezza e totalità del diritto di proprietà e l’insuperabilità del dogma dell’accessione rendeva così impossibile concepire l’esistenza di un diritto altrui sul fondo oggetto di proprietà, che comportasse la massima limitazione

manutenzione di tali beni, con la loro pitturazione ed il relativo consolidamento. La controparte aveva proposto azione, affermando che il diritto di superficie si fosse ormai prescritto per decorso infruttuoso del termine ventennale. In primo ed in secondo grado la domanda attorea era stata respinta, poiché – ad avviso del Tribunale e della Corte di appello – la parte titolare della superficie aveva esplicito il proprio diritto con la costruzione (e poi con la manutenzione) dei beni suindicati. Di diverso avviso è stata la Suprema Corte, secondo la quale le opere realizzate non avrebbero integrato «l’esercizio del suddetto diritto. A tale scopo, infatti, sarebbe stata necessaria la costruzione di una struttura che presentasse una volumetria individuabile [...] o che presentasse gli elementi essenziali del bene oggetto della futura proprietà superficaria». Né il termine di prescrizione sarebbe stato interrotto dai lavori di manutenzione, essendo questi consistenti in mere opere di consolidamento di beni di per sé idonei a configurare la realizzazione di un vero *jus aedificandi*. Sulla natura giuridica del diritto di superficie, cfr. Cass., 24 novembre 1970, n. 2476, in *Giust. civ.* (1971), I, p. 251; Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, in *Giur. it.*, I, 1(1994), c. 852.

<sup>2</sup> In merito, cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1980, p. 258 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1925, p. 241 ss.; G. GIACOBBE, M. NARDOZZA, *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1998, p. 6 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, VI, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 542-543; A. GUARNIERI, *Superficie*, in *Dig. civ., disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, p. 207; F. PASTORI, *La superficie nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1962; F. SITZIA, *Superficie (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1459 ss.; A. PALADINI, *Superficie (diritto romano)*, in *Nuoviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 941 ss.

possibile per il proprietario, impedendo la facoltà più rilevante contenuta nel suo diritto, rappresentata dalla possibilità di far innalzare costruzioni sul fondo. Tuttavia, esigenze squisitamente pratiche determinarono la nascita di concessioni, prima solo pubblicistiche, ma in seguito anche stipulate tra privati, di diritti edificatori sul suolo altrui. Le logiche proprietarie impedivano di attribuire natura reale al diritto di “superficie”, che si configurava in tal modo come un diritto personale di godimento e si poneva in essere in concreto con gli schemi e gli istituti della *locatio conductio*. In seguito, tuttavia, il pretore attribuì al superficiario l’*interdictum de superficiebus*, al fine di tutelare i propri interessi contro le molestie e turbative del suo diritto; inoltre, successivamente fu riconosciuta un’azione assimilabile ad una vera e propria actio in rem, da far valere contro tutti i terzi. Nel diritto giustiniano, peraltro, al superficiario furono attribuite le azioni tipiche del proprietario (tra le altre, ad esempio, la *vindicatio servitutis* e la *cautio damni infecti*), ed è dubbio se si giunse a ritenere il diritto di superficie come un vero e proprio diritto reale<sup>3</sup>.

Le insanabili contraddizioni romanistiche tra i principi generali fondamentali e le esigenze di natura pratica furono, per così dire, in un certo modo “superate” dai giuristi medioevali, che teorizzarono la distinzione tra dominio diretto, di spettanza proprietaria, e dominio utile, attribuito al superficiario, che veniva riconosciuto quale titolare di un quasi *dominium*<sup>4</sup>.

L’assolutezza del diritto di proprietà, il cui carattere emblematico di massima espressione di libertà dell’individuo costituiva la matrice di base del diritto codificato dal legislatore del 1865, impedì materialmente la disciplina del diritto di superficie nel vecchio codice civile. Nonostante ciò, sia la dottrina che la giurisprudenza dell’epoca ritennero di riconoscere, in concreto, questo istituto<sup>5</sup>, anche sulla base dell’art. 448 c.c., secondo il quale qualunque cosa venisse all’esistenza sul suolo si presumeva appartenente al proprietario, salvo prova contraria<sup>6</sup>. La presunzione *juris*

<sup>3</sup> Ritene che nemmeno in epoca giustiniana si conobbero deroghe al principio di accessione, SITZIA, *Superficie*, op. cit., p. 1462; ID., *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milano, Giuffrè, 1979, passim. Si limita correttamente a parlare di “maggiore flessibilità” nel periodo giustiniano, GUARNIERI, *Superficie*, op. cit., p. 207; similmente, GIACOBBE, NARDOZZA, *La superficie*, op. cit., p. 12; v., inoltre, G. PUGLIESE, *Note sulla superficie nel diritto giustiniano*, in *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di G. Segrè*, Milano, 1943, p. 3.

<sup>4</sup> I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, *Superficie (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1459 ss.; P. GROSSI, *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968, spec. p. 176 ss.; GUARNIERI, *Superficie*, cit., p. 208. In generale, sul problema della teoria del dominio diviso, v., per tutti, GIACOBBE, NARDOZZA, *La superficie*, cit., p. 18 ss.

<sup>5</sup> G. PUGLIESE, *Della superficie*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja Branca, *Della proprietà*, III, Artt. 810-956, Bologna-Roma, 1976, p. 556. Massimo sostenitore del diritto di superficie come diritto reale, già con il codice civile del 1965 è G. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Torino, Fratelli Bocca, 1912, p. 410. Per ampi riferimenti alla discussione dottrinale durante il vigore del codice del 1865, cfr., per tutti, N. COVIELLO, *Della superficie*, in *Arch. giur.*, XLIX, 1892, p. 101 ss. Per la giurisprudenza, cfr. App. Torino, 1 marzo 1914, in *Foro it.*, 1914, I, c. 1148; Cass., 24 febbraio 1964, *ivi*, 1964, I, c. 492 (il caso di specie si riferiva alla disciplina del 1865).

<sup>6</sup> AA. VV., *Della superficie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. CENDON, Milano, Giuffrè, 2008, p. 6.

*tantum* adottata dal legislatore consentiva in tal modo la sussistenza di una diversa volontà del proprietario, che poteva quindi, in concreto, “rinunciare” al proprio diritto di accessione su una costruzione (o piantagione) esistente sul suolo, ad altri ceduta, o addirittura costruenda<sup>7</sup>.

Va tuttavia sottolineato che le argomentazioni teoriche a supporto della costruzione giurisprudenziale indicata, fornite dalla dottrina del tempo, non si presentavano affatto soddisfacenti ed, anzi, evidenziavano chiare contraddizioni con i principi fondamentali del sistema giuridico. Volendo riepilogare brevemente le teorizzazioni svolte dalla dottrina che si interrogava sulla natura giuridica dello *jus aedificandi* nel vigore del codice civile del 1865, va subito rilevato che notevole rilievo ebbe la tesi secondo cui il diritto del superficiario doveva essere ritenuto come un vero e proprio diritto di proprietà, gravante su uno “spazio vuoto”, laddove non fosse stata ancora innalzata la costruzione, ovvero su uno “spazio pieno”, qualora fosse stato esercitato il diritto di costruire<sup>8</sup>. La giustificazione teorica era costituita dalla sussistenza e dalla creazione, per volontà delle parti, di un limite alla proprietà, attraverso l’alienazione di spazio aereo, qualificato in tal modo come un vero e proprio bene. Senza entrare nel merito di una discussione ormai superata, relativa alla natura giuridica della colonna d’aria sovrastante il suolo, che non è più correttamente ritenuta come un bene in senso giuridico<sup>9</sup>, va sottolineato che la soluzione appariva certamente forzata e priva di argomentazioni del tutto soddisfacenti. Ciò nonostante, tale tesi, sulla quale si tornerà più oltre, per altri profili, mostrava una sua coerenza logica, poiché non intaccava il sistema codicistico dell’epoca e non introduceva un “nuovo diritto soggettivo” non riconosciuto né riconoscibile dall’ordinamento, in considerazione della tipicità dei diritti reali.

In tal senso, non apparivano meritevoli di condivisione quelle teorie secondo le quali sarebbe esistito già con il codice del ’65 un vero e proprio diritto reale di superficie<sup>10</sup>: tale tesi non può essere condivisa, se non come aspirazione *de jure* condendo, necessitando di una valida costruzione logica che consentisse di superare il problema del *numerus clausus*. Nemmeno condivisibile appare la teorizzazione di chi ritenne di individuare nel diritto del superficiario un diritto di servitù<sup>11</sup>: in primo luogo, l’esistenza di una costruzione innalzata sul suolo non consente di individuare quella “utilità” richiesta dal legislatore per l’esistenza stessa della servitù prediale,

<sup>7</sup> Conf., L. SALIS, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, Utet, 1971, p. 948, nota 5. In giurisprudenza, cfr. Cass., 8 aprile 1943, n. 823, in *Foro it.*, 1943, I, c. 635.

<sup>8</sup> Il riferimento è a COVIELLO, *Della superficie, op. cit.*, p. 114 ss. In senso critico su tale tesi, v. PUGLIESE, *Della superficie, cit.*, p. 561 ss.

<sup>9</sup> Sul problema, in relazione al diritto di superficie, cfr. G. MUSOLINO, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie*, in *Riv. not.* (2005), p. 239 ss., al quale si rinvia per i riferimenti bibliografici.

<sup>10</sup> In merito, cfr. PUGLIESE, *Della superficie, cit.*, p.564 e COVIELLO, *Della superficie, cit.*, p. 108 ss.

<sup>11</sup> C.F. GABBA, *Della superficie in diritto italiano*, in *Giur. It.*, I, 1(1987), c. 689 ss.; V. SIMONCELLI, *Accessione, superficie e diritto dei terzi*, in *Scritti giuridici*, I, Roma, Il Foro italiano, 1900, p. 63; conf., Cass., Firenze, 10 marzo 1921, in *Foro it.*, I, 1921, c. 559.



configurando piuttosto una “concreta necessità pratica” per l’esercizio del diritto di superficie. Peraltro, nell’ipotesi di *jus ad aedificandum* non sussiste ancora il cd “fondo” a cui vantaggio si costituirebbe la pretesa servitù.

Allo stesso modo, non potevano essere condivise le tesi che inquadravano il diritto di superficie come un diritto di usufrutto o di enfiteusi<sup>12</sup>: come è stato correttamente sottolineato, la soluzione «tradiva in sostanza la volontà delle parti» attribuendo al superficario «un diritto di godere il suolo assai più ampio di quello che avrebbe comportato la semplice possibilità di edificare»<sup>13</sup>.

Ciò nonostante, il fermento espresso sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, che corrispondeva ad una necessità di tipo squisitamente pratico, spinse il legislatore del 1942 ad introdurre espressamente nel nostro ordinamento giuridico il diritto di superficie, sì da consentire al proprietario l’alienazione della proprietà anche “in senso orizzontale”, scindendo così il suolo dal soprasuolo e dal sottosuolo ed attribuendo ad altri un diritto di godimento sul bene oggetto di diritto di proprietà.

La situazione è quindi attualmente del tutto mutata: il nuovo codice, all’art. 952, ha previsto due diverse tipologie di superficie, distinguendo lo *jus ad aedificandum* dall’alienazione ad altro soggetto della proprietà di una costruzione esistente sul proprio suolo. Non vi sono dubbi attualmente sulla natura giuridica del diritto di superficie<sup>14</sup>, che si inquadra senz’altro nell’ambito dei diritti reali di godimento: ciò si argomenta in modo chiaro dall’ultimo comma dell’art. 954 c.c., che prevede la prescrizione ventennale per non uso del diritto; inoltre, ciò è confermato dall’art. 2810 n. 3 c.c., che prevede l’ipotecabilità del diritto di superficie. In merito, si noti che, laddove si volesse inquadrare la superficie nell’ambito del diritto di proprietà, l’espressa previsione di legge non sarebbe stata necessaria, essendo già prevista dal codice civile<sup>15</sup>: il fatto che il legislatore abbia previsto l’ipotecabilità del diritto di superficie rende evidente la natura reale del diritto, distinguendolo e differenziandolo da quello di proprietà, su cui insiste e grava. L’inquadramento dell’istituto nell’ambito dei diritti reali determina i rapporti tra proprietario e superficario ed individua il contenuto dei rispettivi diritti: da un lato, il superficario avrà diritto ad

<sup>12</sup> L. SALIS, *La proprietà superficaria*, Padova, Cedam, 1936, p. 231 ss.

<sup>13</sup> Le parole tra virgolette sono di PUGLIESE, *Della superficie*, cit., pp.564-565.

<sup>14</sup> G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 566, rileva correttamente che, con l’espressa disciplina del diritto di superficie da parte del legislatore del ’42, non sono più necessari «gli artifici ai quali dottrina e giurisprudenza avevano dovuto ricorrere» per ritenere esistente l’istituto della proprietà superficaria; GIACOBBE, NARDOZZA, *op. cit.*, p. 44 ss., i quali prospettano alcuni “rilievi critici” in merito; A. RICCIO, *Il diritto di superficie, la proprietà superficaria e la proprietà separata*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 428 ss.; G. PALERMO, *La superficie*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, VIII, *Proprietà*, II, Torino, Utet, 1982, p. 3 ss.; M. BESSONE, M. DI PAOLO, *Superficie (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, Treccani, 1993, p. 1; GUARNIERI, *Superficie*, cit., p. 212, il quale precisa che nei primi lavori preparatori al codice civile non compariva il riferimento alla disciplina del diritto di superficie, che quindi sarebbe stato introdotto “probabilmente per influsso dei modelli germanico e forse anche svizzero”.

<sup>15</sup> PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 568.

innalzare la costruzione, potendo escludere chiunque dal turbamento del suo diritto, potrà utilizzare il suolo in tutti i modi necessari per la realizzazione della costruzione, acquistando immediatamente l'“aspettativa” a divenire proprietario nel momento della realizzazione dell'opera. Dall'altro lato, il proprietario perde il diritto a costruire su quel determinato suolo, può utilizzare il terreno durante il tempo necessario ad innalzare la costruzione in modo non pregiudizievole per il superficiario, oltre a perdere il diritto di proprietà sulla costruzione, in deroga e per rinuncia al diritto di accessione.

Ogni problema sembrerebbe così risolto e superato dall'espressa introduzione del diritto di superficie da parte del legislatore del 1942: in realtà, a ben vedere, questo istituto presenta alcune peculiarità ed alcuni aspetti, che rendono la questione più problematica. Si è infatti già sottolineato che l'art. 952 c.c. ha disciplinato due tipi di superficie<sup>16</sup>, connotando così l'istituto di un'ambivalenza e di una “duplicità”, tale da aver indotto la dottrina a parlare di un vero e proprio diritto “bifronte”<sup>17</sup>.

Il primo comma dell'art. 952 c.c. prevede la figura che potremmo definire “di carattere generale” di diritto di superficie, che si caratterizza per il fatto che il proprietario concede ad un soggetto lo *jus ad aedificandum* sul proprio suolo. Il superficiario ha venti anni di tempo per esercitare il diritto stesso ed innalzare la costruzione sul suolo: in questo momento egli diventerà proprietario della costruzione stessa, per il tempo stabilito con il proprietario, quindi senza alcuna limitazione, se il diritto è stato attribuito in perpetuo, ovvero con durata limitata, se la concessione della superficie è stata fatta *ad tempus* (art. 953 c.c.). La proprietà superficiaria “temporanea” si “estingue” per il venir meno del diritto di superficie, e quindi del diritto di mantenere (oltre che di fare) la costruzione sul suolo, riespandendosi il diritto di proprietà, per l'elasticità del dominio e riprendendo vigore l'operatività del principio di accessione. Lo *jus aedificandi* comporterebbe, così, la coesistenza del vero e proprio diritto di superficie, quale diritto di fare e mantenere la costruzione sul suolo altrui, e del diritto di “proprietà superficiaria” sulla costruzione edificata in conseguenza e per l'esercizio del diritto di superficie.

<sup>16</sup> L'individuazione di due diverse tipologie di superficie da parte del legislatore sarebbe ben evidenziata nella locuzione utilizzata dal codice civile, in cui si parla di diritto “di fare e mantenere la costruzione” sul suolo altrui. In tal senso, lo *jus ad aedificandum* sarebbe essenzialmente costituito dal diritto di “fare la costruzione”, mentre il diritto previsto al secondo comma sarebbe individuato da quello di “mantenere la costruzione”. In merito a queste espressioni, cfr. G. IANNUZZI, *L'art. 952, comma 2, c.c. e la costituzione del diritto di superficie*, in *Giust. civ.*, I, (1965), p. 488, secondo il quale l'essenza del diritto di superficie sarebbe invece costituita solo dal diritto “di mantenere la costruzione”, con la conseguenza che non potrebbero distinguersi due diverse tipologie di diritti di superficie; contra, cfr. la replica di L. SALIS, *Vendita di suolo sottostante ad una costruzione*, in *Riv. giur. Edilizia* (1965), p. 958 ss., secondo il quale, da un lato, il diritto di mantenere la costruzione è una facoltà compresa necessariamente nel diritto di superficie, e non ne identifica l'essenza e, dall'altro, può esistere anche indipendentemente dall'attribuzione di un diritto di superficie, come avviene, ad esempio, per l'enfiteusi o per l'usufrutto.

<sup>17</sup> Così, GUARNIERI, *Superficie*, cit., p. 212.

Del tutto diversa sarebbe, invece, la natura giuridica del diritto disciplinato dal secondo comma dell'art. 952 c.c.<sup>18</sup> In tale ipotesi, il proprietario del suolo si limiterebbe ad alienare la proprietà separata di una costruzione già esistente sul suo suolo, senza che sia concesso evidentemente il diritto di “fare la costruzione”, essendo quest'ultima già presente. Pertanto, il proprietario del bene “separato” sarebbe *ab initio* privo dei diritti propri del superficiario, di cui al primo comma del 952 c.c.; la conseguenza più significativa di tale disciplina sarebbe rappresentata dall'impossibilità, per il titolare della proprietà separata, di innalzare nuovamente la costruzione<sup>19</sup>, come previsto invece per il superficiario ai sensi dell'art. 954 c.c., terzo comma. Se infatti questo soggetto ha visto attribuirsi dal proprietario del suolo solo la proprietà separata di una costruzione, egli sarà divenuto titolare esclusivamente del diritto di “mantenere”<sup>20</sup> la costruzione stessa: tuttavia, tale diritto non esprimerebbe la vera natura del diritto di superficie, qualificato soprattutto dal diritto di effettuare (e poi mantenere) la costruzione stessa. In tal senso, la possibilità di mantenere la costruzione non connoterebbe la superficie, ma sarebbe insita nella natura stessa dell'attribuzione in proprietà del bene separato. Ciò determinerebbe una notevole difformità di disciplina tra le due tipologie di superficie indicate dal codice civile, la cui massima esemplificazione sarebbe rappresentata, come si è già indicato, dall'operatività o meno del terzo comma dell'art. 954 c.c.

Questa impostazione, accolta il più delle volte anche dalla Suprema Corte<sup>21</sup>, è stata tuttavia oggetto di critiche: si è infatti sottolineato che l'art. 952 c.c. disciplina due figure di diritti di superficie che sono legate tra loro da caratteri di omogeneità e affinità sostanziale<sup>22</sup>. Se è vero che solo con la concessione *ad aedificandum* si attribuisce espressamente il diritto ad innalzare la costruzione (e, quindi, a ricostruirla in caso di suo perimento, salvo diverso accordo), non potrebbe negarsi, ad avviso di

<sup>18</sup> La tesi è stata proposta da L. SALIS, *La superficie*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, IV, 3, Torino, Utet, 1958, p. 5 ss.; ID., *Vendita di suolo sottostante ad una costruzione*, cit., p. 955 ss.; ID., *Proprietà superficiaria e proprietà separata*, in *Riv. giur. Edilizia* (1993), p. 1026 ss.; ID., *Superficie (diritto vigente)*, cit., p. 944 ss.; contra, PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 566, nota 23 e p. 605 nota 1; R. ALBANO, *Della superficie*, in *Commentario cod. civ.* Scialoja-Branca, *Libro terzo, Della proprietà, Artt. 810 – 1172*, Bologna-Roma, 1976, p. 624, nota 9; G. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, *ivi*, *Libro sesto, Della tutela dei diritti, Artt. 2643 – 2696*, p. 109; similmente, ma con toni più sfumati, BESSONE, DI PAOLO, *Superficie*, cit., p. 2. Per un'impostazione più peculiare, pur se ugualmente contraria alla tesi della proprietà separata, cfr. G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1472.

<sup>19</sup> SALIS, *La superficie*, cit., p. 13 ss.; contra, v. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 567 e PASETTI BOMBARDELLA, *op. cit.*, p. 1473, secondo cui non potrebbe negarsi portata generale all'art. 954 c.c., in cui si stabilisce in via generale e senza alcuna distinzione il diritto di ricostruire.

<sup>20</sup> Sul problema del “mantenere la costruzione”, cfr. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 488 – 489 e SALIS, *Vendita di suolo sottostante ad una costruzione*, cit., p. 959.

<sup>21</sup> Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, in *Riv. giur. Edilizia*, I, (1993), p. 1023 ss., ed in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 852 ss. Conf., in materia di diritto di palco, Cass., 4 febbraio 2004, n. 2100, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2154, con nota di R. LAGHEZZA; in *Vita not.*, 2004, p. 253 ss.; in *Arch. loc.*, 2004, p. 307 ss.; in *Giust. civ.*, I, (2004), p. 1484 ss.; in *Giur. it.*, 2004, I, c. 2284.

<sup>22</sup> PASETTI BOMBARDELLA, *op. cit.*, p. 1473; in merito, v., altresì, BIANCA, *op. cit.*, p. 549.

una parte della dottrina<sup>23</sup>, che la costituzione del diritto di superficie costituirebbe la giustificazione teorica dell'acquisto della proprietà separata. In tal senso, se non sussistesse un diritto di superficie tra il proprietario del suolo e quello della costruzione, non potrebbe spiegarsi la deroga all'inoperatività del principio di accessione. In tale figura, pertanto, il diritto di superficie nascerebbe, per così dire, *ope legis*, ed in conseguenza dell'acquisto a titolo derivativo. Come ulteriore conseguenza, il diritto di ricostruire sarebbe sussistente in capo al titolare della proprietà separata in modo "potenziale"<sup>24</sup> ed implicito, in nulla potendo sostanzialmente distinguersi le due ipotesi di diritto di superficie disciplinate dal codice civile.

Dovrebbe essere così rivista anche la natura giuridica dell'acquisto del diritto sulla costruzione: tradizionalmente si ritiene che la proprietà superficiaria si acquisti a titolo originario<sup>25</sup>, essendo espressione del diritto a costruire riconosciuto nella concessione *ad aedificandum*, mentre l'acquisto della proprietà separata avverrebbe a titolo derivativo, trovando la sua fonte nel contratto tra proprietario del suolo e (nuovo) titolare della costruzione esistente. Se, invece, si ritenesse che il codice prevede, in un certo senso, una disciplina unitaria del diritto di superficie, potrebbe concludersi che il modo di acquisto della proprietà superficiaria dovrebbe essere inquadrato tra quelli a titolo derivativo costitutivo<sup>26</sup>.

In senso critico, è stato osservato che non potrebbe negarsi la differenza sostanziale tra le due ipotesi disciplinate dall'art. 952 c.c., poiché, anche volendo in ipotesi ammettere che sussista un'implicita costituzione del diritto di superficie anche nell'acquisto della proprietà separata, "la conseguenza" non sarebbe «né potrebbe essere, l'alienazione a tempo della proprietà»<sup>27</sup>. L'esistenza di una proprietà temporanea sarebbe, quindi, solo possibile per il "funzionamento" del rapporto superficiario, che abbia ab origine dichiarato *ad tempus* il diritto e che, venendo meno, comporta anche l'estinzione della titolarità della costruzione eseguita. Tuttavia, ciò sarebbe possibile solo per lo *jus ad aedificandum*, laddove la nascita della proprietà superficiaria sarebbe l'effetto del diritto di superficie; se, invece, la proprietà separata si acquista per effetto del contratto tra le parti, divenendo così la "causa" del nascere della superficie, essa sarà connotata comunque da caratteristiche diverse, proprie della proprietà, e prive invece degli elementi tipici del diritto di

<sup>23</sup> PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 566 - 567, nota 23.

<sup>24</sup> PUGLIESE, *op. loc.*, cit., p. 567, nota 23.

<sup>25</sup> SALIS, *La superficie*, cit., p. 13; conf., Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, cit., p. 1023. Sul problema si sofferma diffusamente PASETTI BOMBARDELLA, cit., p. 1477 ss.

<sup>26</sup> È la tesi di G. PIAZZA, «Jus ad aedificandum» ed acquisto della proprietà superficiaria, in *Dir. giur.* (1974), p. 654 ss. (pubblicato anche in *Studi in onore di L. Coviello*, Napoli, Arte Tipografica, 1978, p. 341 ss.)

<sup>27</sup> RICCIO, *Il diritto di superficie, la proprietà superficiaria e la proprietà separata*, cit., p. 431.

superficie, inteso in senso “tecnico”. Conseguentemente, il titolare della proprietà separata non potrebbe più ricostruire, laddove perisca la costruzione esistente<sup>28</sup>.

In merito va rilevato come le teorie esposte, pur corrette nella loro astratta impostazione, esprimano tutte in modo chiaro il “vero” problema: quello della “non facile” identificazione e qualificazione del rapporto tra le parti, che determini una grave limitazione del diritto di proprietà, “ridotto” in modo sensibile nell’ipotesi del diritto di superficie, poiché il proprietario viene “privato” della massima espressione del suo diritto, quale quella di costruire. Tuttavia, si evince chiaramente, dall’esposizione svolta, un ulteriore problema, che merita di essere definitivamente superato, se si vuol garantire ai diritti reali una nuova dimensione dinamica ed aderente alle mutate esigenze della realtà sociale: il rapporto tra diritto di superficie (e, più in generale, tra diritti reali e teoria dei beni) e diritto di proprietà. Sembra infatti opportuno “rileggere” l’istituto della superficie in armonia con il dettato costituzionale, con particolare attenzione per le finalità sociali della proprietà privata, e con il conseguente “venir meno”, per così dire automatico, di antichi dogmi, apparentemente insuperabili, legati alla pretesa impossibilità di limitare spazialmente (o temporalmente) il diritto di proprietà, o di “conformarlo” alle nuove e magmatiche esigenze della realtà pratica, o di ritenere ancora esistente l’“assolutezza del diritto di proprietà” o l’operare, in modo “insuperabile”, di principi, quali quello del *numerus clausus* dei diritti reali o della ineludibile “supremazia” del diritto di accessione.

2. - Analizzata la natura giuridica del diritto di superficie, sembra opportuno soffermarsi su un istituto che, *prima facie*, ne costituirebbe una pratica applicazione e che trova notevole impiego nella prassi: quello della sopraelevazione<sup>29</sup> nell’ambito del condominio di edifici.

Ai sensi dell’art. 1127 c.c. «il proprietario dell’ultimo piano dell’edificio può elevare nuovi piani o nuove fabbriche, salvo che risulti altrimenti dal titolo. La stessa facoltà spetta a chi è proprietario esclusivo del lastrico solare». Il legislatore prevede

<sup>28</sup> RICCIO, *op.loc.*, cit., p. 431 – 432.

<sup>29</sup> Sul diritto di sopraelevazione, cfr., ex multis, L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, Utet, 1956, p. 177 ss.; ID., *L’indennità di sopraelevazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 104 ss.; ID., *Proprietà dello spazio aereo e indennizzo di sopraelevazione*, in *Riv. giur. edilizia*, I, (1960), p. 637 ss.; ID., *Proprietà distinta e soffitte o sottotetti e diritto di sopraelevazione*, *ivi*, I, (1981), p. 19 ss.; R. BIANCO, *Osservazioni sul diritto di sopraelevazione e relativa indennità*, in *Giur. it.*, I, 1, 1989, c. 549 ss.; ID., *Sopraelevazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, (1988), p. 515 ss.; G. GROSSO, *Condominio, ricostruzione e diritto di superficie*, in *Foro it.*, I, (1957), c. 841 ss.; G. BRANCA, *Costruzione su cosa comune, diritto di superficie e diritto di comunione*, *ivi*, I, (1960), c. 1157 ss.; C. TRINCHILLO, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio - Il diritto di sopraelevazione previsto dall’art. 1127 c.c.*, in *Riv. not.* (2002), p. 1129 ss.; G. BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja Branca, Artt. 1100 – 1139, Bologna-Roma, 1982, p. 507 ss.; BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, cit., p. 512 ss.; G. MUSOLINO, *In tema di diritto di sopraelevazione e di limitazioni al suo esercizio*, in *Riv. not.* (2007), p. 144 ss.; M. CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, II, (2009), p. 47 ss.

alcune limitazioni al diritto di sopraelevare, che non è ammesso laddove le condizioni statiche dell'edificio non lo consentano, ovvero qualora esso pregiudichi l'aspetto architettonico dell'edificio stesso, o diminuisca notevolmente l'aria o la luce per gli altri condomini. Com'è evidente, il legislatore si è limitato ad attribuire il diritto di sopraelevare, senza definirne o indicarne la natura giuridica. In merito, va rilevato, in primo luogo, che la Suprema Corte ha spesso inquadrato il fenomeno del condominio tra edifici nell'ambito della proprietà superficaria. Ciò perché l'accordo originario tra i condomini «impedisce che, per effetto dell'accessione, ciascuno dei comproprietari del suolo consegua una quota di comproprietà sull'intero edificio e, invece, fa sì che diventi titolare del diritto di proprietà solitaria su un piano o porzione di piano»<sup>30</sup>. Conseguentemente, secondo la Cassazione, i proprietari dei singoli appartamenti si rilascerebbero una reciproca concessione di diritti di superficie; in tal senso, il diritto del proprietario del primo piano graverebbe direttamente sul suolo, mentre, per i livelli superiori “il piano di accessione si sposterebbe verso l'alto”. Conseguentemente, il soffitto, la copertura del singolo appartamento in proprietà solitaria diverrebbe contemporaneamente il suolo “oggetto di superficie” del proprietario dell'appartamento superiore, e così in progressione fino all'ultimo piano. Ovviamente, così ragionando, il tetto dell'edificio, generalmente di proprietà condominiale, sarebbe “concesso in superficie” al proprietario dell'ultimo piano, impedendo il prodursi dell'accessione. La tesi giurisprudenziale, seguita anche da una parte della dottrina<sup>31</sup>, non pare tuttavia meritevole di essere condivisa, per numerose motivazioni.

In primo luogo, non sembra corretto, né utile in concreto, parlare contestualmente di proprietà e di diritto di superficie, per i singoli condomini<sup>32</sup>. Com'è noto, ogni appartamento è oggetto di (piena) proprietà solitaria: il fatto che, concretamente, la “superficie” calpestabile del proprietario del piano superiore sia contemporaneamente il “tetto” dell'immobile del piano inferiore è un dato concreto<sup>33</sup>, tipico ed esclusivo dell'istituto del condominio, connotato di una propria peculiarità.

<sup>30</sup> Le parole tra virgolette sono di Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, cit., p. 1025; conf., ex multis, Cass., 4 marzo 1960, n. 399, in *Foro it.*, I, (1960), c. 1157; Cass., 11 ottobre 1960, n. 2643, in *Foro pad.*, I, (1960), p. 1215; Cass., 15 marzo 1970, in 639, in *Riv. giur. edilizia*, I, (1970), p. 1115; Cass., 5 giugno 1971, n. 1674, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2961; Cass., 8 giugno 1979, n. 3241, *ivi*, 1979, I, c. 1694; Cass., SS. UU., 5 luglio 1982, n. 4001, in *Giust. civ.*, I, (1983), p. 543.

<sup>31</sup> Così, BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, cit., p. 514, il quale parla di un diritto legale di superficie; G. D'ANGELO, *Rassegna di giurisprudenza sull'indennità di sopraelevazione negli edifici in condominio*, in *Riv. giur. edilizia* (1958), p. 189; in merito, cfr. le considerazioni di A. TRABUCCHI, *Il diritto di sopraelevazione nell'edificio con proprietà separate per piani in rapporto con il diritto di superficie*, in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, Padova, Cedam, 1988, p. 1347 ss.

<sup>32</sup> La tesi è ritenuta giustamente “complicata e barocca” da G. BENNACCHIO, *Comunione e condominio*, Torino, Utet, 1976, p. 116.

<sup>33</sup> Correttamente, Cass, 24 febbraio 2006, n. 4258, in *Giur. it.*, 2007, c. 1120, ha sottolineato che “il diritto è attribuito al proprietario dell'ultimo piano in quanto unico soggetto che si trova nella posizione di poter elevare”.

Al massimo, come è stato correttamente sottolineato, potrebbe parlarsi di «proprietà per piani orizzontali»<sup>34</sup>, mentre appare atecnico parlare di “diritti di superficie”, per così dire “fusi” con il diritto di proprietà<sup>35</sup>.

La discussione non sarebbe peraltro meramente teorica, ma comporterebbe gravi conseguenze pratiche: se il diritto di sopraelevazione costituisse un diritto di superficie, esso si prescriverebbe per non uso ventennale, con una gravosa limitazione imposta al proprietario dell’ultimo piano<sup>36</sup>. Tale limite, peraltro, non troverebbe giustificazione alcuna, laddove il soprizzo fosse di spettanza del proprietario esclusivo del lastrico solare, che vedrebbe così estinguersi il suo diritto in modo del tutto ingiustificabile. Non può infatti sottacersi che l’utilizzo della figura della superficie, di indubbia suggestione, che a prima vista parrebbe impiegabile per l’ipotesi di costruzione da parte del proprietario dell’ultimo piano, non sembra, al contrario, utile o corretta, laddove il lastrico solare sia oggetto di proprietà privata esclusiva. In tal caso sembra innegabile che il diritto di costruire sia una facoltà insita nella natura della proprietà, prevedendosi dei giusti limiti solo per circostanze concrete, essendo il suolo di costruzione anche il tetto dell’edificio, con un conseguente aggravio di volumetria ed appesantimento del bene comune. D’altronde, anche la Suprema Corte usa spesso un linguaggio ambiguo, poiché parla il più delle volte, da un lato, di diritto di superficie e, dall’altro, di possibilità di sopraelevare per “effetto del diritto di accessione”, che “si sposterebbe verso l’alto”: la soluzione mostra così la sua artificiosità ed incongruenza, poiché, se il ragionamento fosse corretto, il piano sopraelevato dovrebbe essere qualificato come proprietà superficiaria<sup>37</sup>, e non potrebbe, invece, essere oggetto di accessione.

Più corretta appare la tesi di chi ha identificato il diritto del proprietario dell’ultimo piano (o del proprietario esclusivo del lastrico solare) come una estrinsecazione del diritto stesso di proprietà, e quindi come una facoltà di per sé compresa nel diritto<sup>38</sup>. In tal senso, la proprietà per piani orizzontali comporterebbe la “naturale” possibilità per ciascuno di costruire verso l’alto: tuttavia, in concreto, il diritto di sopraelevare può essere esercitato esclusivamente dal proprietario

<sup>34</sup> BRANCA, *Costruzione su cosa comune, diritto di superficie e diritto di comunione*, cit., p. 1160.

<sup>35</sup> Non condivisibile, quindi, sembra la soluzione di G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie*, cit., p. 1488, secondo il quale le disposizioni in materia di condominio costituirebbero “norme di diritto speciale rispetto alle norme di diritto comune riguardanti in generale il diritto di superficie”.

<sup>36</sup> AA.VV., *Della superficie*, cit., p. 56.

<sup>37</sup> AA.VV., *Della superficie*, cit., p. 55; MUSOLINO, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie*, cit., p. 249.

<sup>38</sup> L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, Utet, 1959, III, p. 213; ID., *Della superficie*, cit., p. 13; ID., *Il condominio negli edifici*, cit., p. 177 ss.; ID., *L’indennità di sopraelevazione*, cit., p. 104; ID., *Proprietà dello spazio aereo*, cit., p. 637; conf., PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 469; MUSOLINO, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie*, cit., p. 248; nel senso che il diritto di sopraelevare sarebbe inscindibilmente connesso con il diritto del proprietario, v., inoltre, M. COSTANTINO, *Contributo al diritto di proprietà*, Napoli, Jovene, 1967, p. 300.

dell'ultimo piano, che è l'unico soggetto che si trova materialmente nella condizione di poter realizzare ed esercitare questa facoltà<sup>39</sup>. Solo identificando il diritto di sopraelevazione come una *facultas* del proprietario può, peraltro, condividersi l'argomentazione della Suprema Corte, che ritiene che l'acquisto sia effetto dell'accessione. D'altronde, come è stato correttamente sottolineato, il problema della natura giuridica del diritto di soprizzo non avrebbe nemmeno dovuto essere oggetto di discussione, potendosi argomentare dall'applicazione dei principi generali<sup>40</sup>. Tuttavia, la peculiarità dell'istituto, derivante soprattutto dal fatto della contestuale presenza di altri diritti di proprietà sull'edificio, sia di tipo "individuale", che di natura condominiale, ha reso per così dire necessario l'esplicito riconoscimento legislativo, da un lato, e la conseguente disputa dottrinale, dall'altro.

Per completezza, va aggiunto che un autore ha correttamente ritenuto che dovrebbe distinguersi l'ipotesi in cui il proprietario dell'ultimo piano provveda materialmente ad effettuare la sopraelevazione per sé, ovvero trasferisca il diritto ad un terzo<sup>41</sup>. Nella prima ipotesi il proprietario, come si è precisato, esplicherà il proprio diritto di proprietà, che non ha alcun limite, se non quelli indicati dalla legge e derivanti dalla particolare "conformazione" dell'edificio e dello stesso lastrico solare, costituendo quest'ultimo un bene di natura condominiale, su cui tuttavia "esiste ed insiste" *ope legis* un altrui diritto. Nella seconda ipotesi, invece, lo *jus ad aedificandum*, compreso nella facoltà del proprietario dell'ultimo piano, viene trasferito ad un soggetto estraneo all'edificio, o comunque privo della materiale possibilità di procedere alla costruzione, se non per effetto della concessione altrui. In tal caso, com'è facilmente intuibile, si costituisce realmente un diritto di superficie, attribuito dal proprietario dell'ultimo piano al terzo, che diverrà titolare della proprietà costruenda. Solo in questa circostanza, pertanto, il diritto di sopraelevazione si estingue per non uso ventennale, ai sensi dell'art. 954 ult. comma c.c.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Cass, 24 febbraio 2006, n. 4258, cit., c. 1120; già in precedenza, v. Cass., 17 maggio 1965, n. 947, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1340; l'art. 1127 c.c. sarebbe perciò espressione di una "massima di buon senso" per CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, cit., p. 50.

<sup>40</sup> AA.VV., *Della superficie*, cit., p. 53.

<sup>41</sup> SALIS, *Il condominio negli edifici*, cit., p. 214; ID., *Della superficie*, p. 17: il diritto di sopraelevazione, come rileva correttamente l'a., non è quindi un «diritto di superficie, ma è esplicazione di quel potere che il proprietario dell'ultimo piano ha in quanto sulla superficie» (intesa in senso di spazio materiale e fisico) «ha un diritto di proprietà che non trova alcun impedimento per espandersi in altezza in altra costruzione soprastante in proprietà separata». Qualora, invece, la sopraelevazione sia realizzata dal terzo acquirente, essa sarà espressione di un vero e proprio diritto di superficie.

<sup>42</sup> Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà, .....(Luogo), .....(Casa editrice)* (oppure cit.???in tal caso eliminare iniziali del nome), p. 514, il diritto di superficie che ha origine in un titolo negoziale si prescriverebbe in venti anni, a differenza del "diritto legale di superficie", che attribuirebbe *ope legis* la facoltà di sopraelevare, non soggetta a prescrizione.



Non pare invece condivisibile la tesi, rimasta peraltro isolata, secondo la quale il diritto di sopraelevazione costituirebbe un nuovo diritto reale di godimento<sup>43</sup>, introdotto espressamente dal legislatore per superare il divieto imposto dalla regola del *numerus clausus*.

Allo stesso modo, il diritto di sopraelevazione non potrebbe essere inquadrato nell'ambito dell'“alienazione di spazio aereo”, consistente nella colonna d'aria sovrastante l'edificio, che dovrebbe ritenersi di proprietà condominiale. In realtà, come da tempo è stato sottolineato dalla dottrina<sup>44</sup>, la colonna d'aria sovrastante il suolo non può essere considerata un bene in senso giuridico, ma va correttamente intesa quale proiezione del diritto di proprietà, individuando un rapporto di relazione tra un soggetto ed il bene sul quale lo stesso soggetto esplica i diritti e le facoltà a lui attribuiti per legge. Pertanto, essendo la colonna d'aria una proiezione verso l'alto del diritto di proprietà, essa sarebbe di natura condominiale (*rectius*: sarebbe espressione del rapporto tra bene comune e diritti dei condomini), laddove non vi sia alcuna costruzione effettuata in sopraelevazione. Essa spetterebbe invece al proprietario dell'ultimo piano, laddove costui decidesse di effettuare la sopraelevazione, avvalendosi delle facoltà che gli sono proprie.

Sembra opportuno soffermarsi su un aspetto di grande rilievo: la configurazione del diritto di sopraelevazione come facoltà inerente il diritto di proprietà è molto chiara, laddove il lastrico solare sia oggetto di proprietà esclusiva di un singolo condomino. Più sfumata appare, invece, la connotazione di questa “proiezione dominicale” laddove ci si riferisca al proprietario dell'ultimo piano, in considerazione del fatto che il lastrico solare è un bene di natura condominiale<sup>45</sup>. E' da ritenersi che proprio la concreta e “fisica” difficoltà di concepire la contestuale presenza di un (potenziale) esercizio del diritto di proprietà, libero di esplicarsi verso l'altro (art. 840

<sup>43</sup> G. FURGIELE, *Osservazioni sul diritto reale con riguardo alla sopraelevazione nel condominio*, in *Riv. dir. Civ.* I, (1975), p. 431.

<sup>44</sup> Dottrina concorde: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9° ed., rist., Napoli, Jovene, 1989, p. 56; SALIS, *Condominio negli edifici*, cit., p. 59; W. BIGIAMI, *Occupazione abusiva ed in buona fede di spazio aereo*, in *Riv. dir. civ.* (1955), p. 470; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 591; TRABUCCHI, *Il diritto di sopraelevazione nell'edificio con proprietà separate per piani in rapporto col diritto di superficie*, cit., p. 1350, anche pubblicato in *Giur. it.*, I, (1966), c. 763; M. GIORGIANNI, *La distribuzione di area fabbricabile tra i condomini del suolo*, in *Riv. giur. edilizia*, II, (1960), p. 126; C. TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 423-424; MUSOLINO, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie*, cit., p. 241 ss. Anche la giurisprudenza è tradizionalmente orientata in tal senso: cfr. Cass., 30 dicembre 1977, n. 5754, in *Giur. it.*, I, 1(1978), c. 1674 ss., oltre che in *Riv. giur. edilizia*, I, 1(1978), p. 465; Cass., 22 gennaio 1964, n. 155, in *Giur. it.*, I, 1(1965), c. 303, con nota di A. TRABUCCHI, *Sulla nozione di possesso privato di spazio aereo*.

<sup>45</sup> Sul problema, cfr. M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Il condominio*, Torino, Utet, 1992, p. 227, per i quali sarebbe opportuno distinguere le posizioni del proprietario del lastrico solare e del proprietario dell'ultimo piano; L. SALIS, *Scritti in tema di condominio*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 105; TRINCHILLO, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio*, cit., p. 1129, secondo cui, essendo la sopraelevazione una semplice facoltà attribuita per legge, non sarebbe cedibile separatamente ad un terzo.

c.c.) e di un diritto di matrice comune, che insiste sullo stesso suolo dove viene effettuata la costruzione, abbia dato origine alla teoria della natura superficaria del diritto di sopraelevazione. In tal senso, appare innegabile la suggestione esercitata dalla figura del diritto di superficie: sembrerebbe più “plausibile”, oltre che “più equo”, riconoscere la sussistenza di una “concessione” a costruire fatta dal condominio al proprietario dell’ultimo piano, per la sua posizione per così dire privilegiata, essendo costui l’unico concretamente in grado di effettuare la sopraelevazione. Tuttavia, la costruzione non convince soprattutto laddove si consideri la materiale impossibilità di configurare un diritto di superficie, nel caso di sopraelevazione effettuata dal proprietario esclusivo del lastrico solare. Il tenore letterale dell’art. 1127 c.c., oltre che evidenti motivazioni di natura sistematica, rendono tuttavia poco plausibile la configurazione di una “doppia identità” del diritto di sopraelevazione, a seconda che spetti al proprietario esclusivo del lastrico solare, ovvero al proprietario dell’ultimo piano<sup>46</sup>. In tal senso, non potrebbe ragionevolmente sostenersi che la sopraelevazione possa essere espressione del diritto di proprietà oppure costituire un’ipotesi di proprietà superficaria, a seconda del soggetto che effettui materialmente la costruzione<sup>47</sup>.

Le riflessioni svolte evidenziano alcune problematiche, sulla quali si tornerà più oltre: le nuove esigenze pratiche della realtà rendono talvolta “inidonei” gli istituti civilistici tradizionali, specie quelli relativi alla teoria della proprietà e degli *jura in re aliena*. Si assiste ad una progressiva e concreta erosione dei fondamentali principi derivanti dalla tradizione romanistica, che tuttavia sono fortemente radicati nella logica interpretativa della giurisprudenza e di parte della stessa dottrina. Questa situazione si è chiaramente evidenziata dalla disamina della natura giuridica del diritto di superficie ed ancor più del diritto di sopraelevazione; tuttavia, in merito al diritto di soprizzo, può concludersi che esso costituisce e rappresenta un’espressione del diritto del proprietario dell’ultimo piano di costruire in altezza (ovvero, del proprietario esclusivo del lastrico solare), che rende solo necessario il coordinamento con la disciplina delle cose comuni dell’edificio. Il problema, tuttavia, è agevolmente superabile, laddove si rifletta sul fatto che la sopraelevazione non priva il condominio di un “tetto comune”, ma si limita a spostarlo verso l’alto<sup>48</sup>. Infatti, il nuovo lastrico

<sup>46</sup> Parlano correttamente di “mutevole natura del diritto di sopraelevazione”, AA.VV., *Della superficie*, cit., p. 55.

<sup>47</sup> Cfr. TRINCHILLO, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio*, cit., p. 1130 ss. Pertanto, il diritto di sopraelevazione spetta al proprietario esclusivo del lastrico solare; se quest’ultimo è di proprietà condominiale, il soprizzo potrà essere posto in essere dal proprietario dell’ultimo piano: conf., Cass., 25 ottobre 1988, n. 5776, in *Riv. giur. edilizia*, I, (1989), p. 51 ss., ed in *Arch. loc.*, (1989), p. 290 ss.

<sup>48</sup> Corretta è quindi l’affermazione di BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, cit., p. 513, secondo il quale sarebbe del tutto “artificiosa” l’opinione di chi ritiene che il suolo comune, con la sopraelevazione, si sposterebbe verso l’alto, sì da divenire “il nuovo tetto della casa”.

solare, di proprietà condominiale, sarà rappresentato dal “soffitto” della costruzione effettuata in sopraelevazione.

In quest’ottica, ben si spiega la *ratio legis* dell’indennità<sup>49</sup> che il costruttore in sopraelevazione è tenuto a corrispondere agli altri condomini. Secondo una parte della dottrina, essa rappresenterebbe il prezzo del “sacrificio” degli altri proprietari al diritto condominiale: in tal senso, “concedendo” questi ultimi al proprietario dell’ultimo piano il diritto di costruire in altezza, essendo questo soggetto l’unico nella materiale condizione di sopraelevare, sarebbe giusto “risarcire” coloro che si sono privati di un “diritto”<sup>50</sup>. La teoria della funzione riparatoria e del “danno giusto”<sup>51</sup>, così come quella che individuerebbe nell’istituto un’ipotesi di arricchimento senza causa non pare, tuttavia, meritevole di condivisione. Infatti, come si è chiarito in precedenza, i condomini non sopportano alcun sacrificio, né se la costruzione sia effettuata dal proprietario dell’ultimo piano, né – tanto meno – se il costruttore sia il proprietario esclusivo del lastrico solare.

Si è anche detto che l’indennità rappresenterebbe la reintegrazione patrimoniale *pro quota* di un bene comune<sup>52</sup>, ovvero che essa sarebbe dovuta per la diminuzione di luce ed aria a carico dell’edificio per effetto della sopraelevazione.

Più corretta sembra invece l’impostazione di chi ha ritenuto di individuare nell’indennità di sopraelevazione una funzione latamente compensativa<sup>53</sup>, per

<sup>49</sup> SALIS, *Costruzione di pensilina su terrazza a livello ed obbligo di pagamento della indennità di sopraelevazione*, cit., p. 604 ss.; E. ALVINO, *Sul momento in cui sorge il diritto all’indennità di sopraelevazione*, in *Giust. civ.*, I, (1982), p. 1647 ss.; R. BIANCO, *Osservazioni sul diritto di sopraelevazione e relativa indennità*, in *Giur. it.*, I, 1(1989), c. 549 ss.; R. FERORELLI, *Proprietà della colonna d’aria soprastante e indennità di sopraelevazione*, in *Giur. it.*(2005), c. 1600 ss.; M. TAMMA, *Diritto di sopraelevazione ed indennità ex art. 1127 c.c.*, in «Notariato», (2006), p. 483 ss.; R. CUSANO, *Il diritto all’indennità di sopraelevazione in condominio, quale diritto di credito*, in *Arch. loc.* (2007), p. 251ss.; A. BOVA, *Il diritto di sopraelevazione e l’indennità ex art. 1127 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*(2010), p. 1054 ss. In giurisprudenza, sull’indennità di sopraelevazione, v. il recente intervento di Cass., SS. UU., 30 luglio 2007, n. 16794, in *Corr. giur.*(2008), p. 650, con nota di N. IZZO, *L’indennità di sopraelevazione spetta anche per l’aumento della superficie o della volumetria dell’intervento edilizio effettuato dal condomino dell’ultimo piano* e di M. TODOROVA, *Sopraelevazione rilevante e diritti degli altri condomini*; in *Corr. Merito* (2008), p. 51, con nota di G. TRAVAGLINO, *Costruzione in sopraelevazione e diritto dei condomini ex art. 1127 c.c.*; in *Vita not.*, (2007), p. 1173; in *Giur. it.* (2008), c. 1128, con nota di F. PUGLIESE, *La sopraelevazione che determina l’indennità...*; in *Arch. loc.*(2007), p. 593.

<sup>50</sup> Cfr., in merito, le riflessioni critiche di CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, cit., p. 53; v., inoltre, TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, cit., p. 28 ss.

<sup>51</sup> Parla di “responsabilità da atto lecito”, Cass., 22 maggio 2000, n. 6643, in *Arch. loc.*(2000), p. 902. In merito, v. G. TORREGROSSA, *Sul fondamento dell’indennità di sopraelevazione*, in *Giur. sic.*(1961), p. 819. L’ indennità costituirebbe una forma di reintegrazione per i danni sopportati dai condomini per il maggior uso delle parti comuni, secondo Cass., 12 novembre 1959, n. 3344, in *Riv. giur. edilizia*, I, (1960), p. 39; Cass., 7 luglio 1954, n. 2722, in *Foro it.*, I, (1955), c. 857.

<sup>52</sup> GUARNIERI, *Superficie*, cit., p. 216; MUSOLINO, *In tema di diritto di sopraelevazione e di limitazioni al suo esercizio*, cit., p. 246; Cass., 24 aprile 1959, n. 959, in *Giust. civ.*, I, (1961), p. 1168.

l'innegabile appesantimento dell'edificio e la conseguente ridefinizione delle quote complessive; tuttavia, in ultima analisi, la scelta del legislatore sembra nascere soprattutto da esigenze squisitamente pratiche ed "equitative", mostrandosi così come espressione di una scelta di politica legislativa, per garantire il contemperamento tra interessi (parzialmente) in conflitto.

3. - L'analisi della natura giuridica del diritto di superficie e del diritto di sopraelevazione ha evidenziato alcune problematiche e "contraddizioni" insite, per così dire, nel nostro sistema giuridico ed ancor più nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale. Si potrebbe convenire con l'affermazione di chi ha ritenuto che «il mondo dei giuristi è imbevuto delle idee tradizionali, pensa e ragiona secondo le idee che sono familiari al suo spirito, e guarda con sospetto e con un senso di mal celato fastidio a tutto ciò che sembra rompere l'armonia del sistema»<sup>54</sup>.

In effetti, il diritto di superficie ha incontrato storicamente numerosi ostacoli al suo riconoscimento: ciò è dovuto soprattutto, da un lato, all'idea "connaturata" a tale istituto, secondo la quale esso potrebbe costituire un limite eccessivamente gravoso rispetto al diritto del proprietario<sup>55</sup> e, dall'altro, al rilievo che sarebbe giuridicamente impossibile ipotizzare la compresenza sullo stesso suolo di due diritti di proprietà<sup>56</sup>, anche se uno dei due sia limitato alla sola costruzione, e non anche al "terreno" su cui essa si appoggia.

Ugualmente, il diritto di sopraelevazione presenta alcune specificità e caratteristiche tali da «provocare uno squilibrio nel sistema»<sup>57</sup>: ciò per la pretesa difficoltà di concepire la *facultas* di un solo soggetto di costruire in via autonoma su un bene in condominio.

Com'è chiaro, entrambi gli istituti esprimono una certa "doppiezza"<sup>58</sup>, che rappresenta significativamente l'insanabile conflitto tra rispetto dei dogmi e delle regole di teoria generale ed esigenze della vita pratica: così, il diritto di superficie indica, da un lato, un vero *jus in re propria* (sulla costruzione) e, dall'altro, è espressione di un "mero" diritto parziario su cosa altrui, derivante dalla ragione giustificativa ed attributiva dello *jus aedificandi*. In tal senso, anche il diritto di sopraelevazione sembra connotato da una certa ambivalenza, caratterizzata dalla

<sup>53</sup> COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 300; FURGIELE, *Osservazioni sul diritto reale con riguardo alla sopraelevazione nel condominio*, cit., 440; CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, cit., p. 5.

<sup>54</sup> Così, testualmente, mostrando raffinata sensibilità giuridica oltre che notevole lungimiranza, F. FERRARA sen., *La superficie nelle piantagioni*, in *Riv. dir. agr.*(1941), p. 130.

<sup>55</sup> SALIS, *Della superficie*, cit., p. 5.

<sup>56</sup> Il problema della compresenza di due proprietà su uno stesso suolo è perfettamente colto da PALERMO, *La superficie*, cit., p. 24 ss., tanto che secondo l'a. il superficiario agirebbe uti dominus; di "duplicazione di proprietà" parla anche FERRARA, *op. cit.*, p. 124.

<sup>57</sup> AA.VV., *Della superficie*, cit., p. 53.

<sup>58</sup> V. le precedenti note 17 e 46.

compresenza “quasi necessaria” di reciproci diritti di superficie e diritti di proprietà (a loro volta, individuale e condominiale).

In realtà, se si esaminano i due istituti seguendo una logica dinamica ed evolutiva, si constaterà facilmente che l’ambivalenza ed il conflitto sembrano più apparenti che effettivamente esistenti. È sufficiente infatti considerare che il proprietario ha la possibilità di alienare il proprio bene non solo in senso verticale, ma anche orizzontale<sup>59</sup>: se ciò è vero, e se in questo non si ravvisa alcun contrasto con i principi generali in tema di proprietà, la logica e “naturale” conseguenza sarà rappresentata da una “compresenza” sullo stesso suolo di due diritti di proprietà. Né dovrebbe stupire più di tanto che la proprietà superficiaria possa essere temporanea, ex art. 953 c.c., in “grave” deroga al contenuto “necessario” del diritto di proprietà poiché, come è stato correttamente sottolineato,<sup>60</sup> se è vero che in linea di massima il diritto di proprietà nasce con vita illimitata, nulla vieta la sussistenza di una proprietà definita nel tempo, oltre che nello spazio. Ciò perché le mutevoli esigenze della realtà pratica incidono inevitabilmente sui principi privatistici, comportandone una continua evoluzione ed un progressivo adeguamento. A conferma di tali considerazioni, basti pensare all’affermarsi di istituti teoricamente estranei e confliggenti con il dogma del *numerus clausus*, come la cessione di cubatura<sup>61</sup> o lo stesso diritto “bidimensionato” di multiproprietà.

In quest’ottica, sembra possibile affermare che il diritto di superficie e quello di sopraelevazione esprimano nella loro stessa configurazione e nella loro disciplina lo sviluppo “storico” del diritto privato. Infatti, sotto il vigore del codice del 1865 il diritto di proprietà<sup>62</sup> era considerato come la massima espressione della libertà individuale, non potendo quindi essere in alcun modo “compresso”:

<sup>59</sup> V. la precedente nota 34.

<sup>60</sup> COVIELLO, *Della superficie*, cit., p. 127, che, in contrasto con E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in *Arch. giur.*(1880), p. 125 ss., il quale riteneva il diritto di proprietà “essenzialmente perpetuo”, sottolineava come invece la proprietà potesse intendersi come “naturalmente perpetua”, senza che ciò escludesse a priori la possibilità di costituire una proprietà ad tempus, laddove ciò fosse “economicamente utile e conveniente”. Ritiene, invece, che la configurabilità di una proprietà temporanea sia consentita solo in casi “eccezionali”, RICCIO, *Il diritto di superficie, la proprietà superficiaria e la proprietà separata*, cit., p. 430-431 e nota 3; in generale, sulla proprietà temporanea, cfr., per tutti, N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli, Jovene, 1979, *passim*.

<sup>61</sup> Cfr., *ex multis*, S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, ESI, 1989; P.L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura*, in *Vita not.* (1990), p. 285 ss.; G. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. civ.*, II, (1990), p. 103 ss.; ID., *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, (2009), p. 557 ss.; S. SCARLATELLI, *La c.d. cessione di cubatura - Problemi e prospettive*, in *Giust. civ.*, II, (1995), p. 287 ss.

<sup>62</sup> Sulla natura giuridica, sul contenuto e sull’evoluzione storica del diritto di proprietà, è d’obbligo il riferimento a COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., *passim*; per quanto riguarda la *ratio legis* del codice civile del 1865 e del 1942, cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 881 ss.; ID., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, ESI, 1970, *passim*.

conseguentemente era “impossibile” ammettere l’esistenza del diritto di superficie, non a caso privo di disciplina in quello stesso contesto normativo. Successivamente, con il codice civile del 1942, il legislatore ha individuato e mostrato un nuovo favor, diretto a privilegiare l’impresa e la proprietà in quanto espressioni di una logica pur sempre individualistica, ma coerente con le logiche nazionalistiche e con il dirigismo statale: in tale momento storico, il diritto di superficie ha potuto finalmente essere ammesso e disciplinato. Con l’entrata in vigore della Carta costituzionale, tuttavia, le logiche vengono totalmente ribaltate: le categorie dell’essere prevalgono, come è stato autorevolmente e correttamente sostenuto, su quelle dell’avere<sup>63</sup>. Conseguentemente, gli istituti più tradizionali e “statici” assumono una nuova conformazione ed una nuova identità, plasmandosi alle magmatiche esigenze della vita pratica, in un’ottica ispirata al solidarismo ed all’affermazione della persona. In tal modo, il diritto di superficie, come quello di sopraelevazione, esprimono emblematicamente la vocazione dei beni ad essere asserviti alla persona umana, sì da permettere la realizzazione dei propri obiettivi e delle legittime aspirazioni. In questo senso, non potrebbe più ravvisarsi un “contrasto” tra più diritti di proprietà sussistenti su uno stesso suolo, così come non dovrebbe più nemmeno porsi il problema della configurabilità e coesistenza di una potere dominicale estensibile in altezza ed “incidente” su un suolo in condominio. Il diritto di proprietà sembra così esprimere una vocazione “aperta” agli interessi condivisi, non rappresentando più l’anelito isolato dell’individuo alla realizzazione del sé: non sarebbe configurabile ancora oggi il massimo e “terribile”<sup>64</sup> *jus ad alios excludendos*, ma – al contrario – allo stato attuale la proprietà rappresenterebbe il “luogo ideale” dell’incontro tra esigenze contestuali ed apparentemente confliggenti, che possono e devono, in un’ottica costituzionalmente orientata, armonizzarsi per la completa esplicazione della persona e dei suoi obiettivi.

Di particolare suggestione ed interesse, oltre che di grande utilità, è l’analisi di una tesi dottrinale risalente<sup>65</sup> che, mostrando una raffinata sensibilità giuridica, ha individuato in tempi molto remoti le potenzialità dinamiche dell’istituto della superficie, inquadrandolo nell’ambito del diritto di proprietà, piuttosto che configurandolo come un diritto reale di godimento su cosa altrui. Secondo tale autorevole dottrina, di particolare interesse si mostra lo studio del diritto romano, ai fini della corretta comprensione dell’istituto del diritto di superficie. Secondo lo *jus civile*, com’è noto, era impensabile la deroga al principio di accessione:

<sup>63</sup> PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 165 ss.

<sup>64</sup> È chiaro il riferimento a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, Il Mulino, 1990; ID., *Intorno alla proprietà - Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*(1988), p. 223 ss.; M. COSTANTINO, *Profili fondamentali della proprietà*, in *Studi sen.*, 1971, p. 351 ss.; C. SALVI, *Modelli di proprietà e principi costituzionali*, in *Riv. crit. dir. priv.*(1986), p. 317 ss.; M. COMPORI, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.* I, (1984), p. 285 ss.; U. NATOLI, *La proprietà*, I, Milano, Giuffrè, 1976, p. 69 ss.

<sup>65</sup> Il riferimento è a COVIELLO, *Della superficie*, cit., *passim* e 114 ss.

conseguentemente, la figura del diritto di superficie, come attribuzione della proprietà di una costruzione sul suolo altrui, era ritenuta “impossibile per diritto naturale”<sup>66</sup>. Ciò nonostante, esigenze pratiche indussero il *praetor* a riconoscere tecniche di tutela al superficario, tali da garantirgli una posizione in tutto simile a quella di un titolare di un vero e proprio diritto reale<sup>67</sup>. Ciò attraverso una serie di *fictiones*, mediante le quali il titolare della situazione “effettiva” poteva far valere i propri diritti, sia nei confronti del proprietario del suolo che dei terzi. Nel diritto romano, pertanto, la superficie esprimeva in sé la contraddizione insanabile tra diritto di accessione<sup>68</sup> e conseguente acquisto del bene costruito sul suolo da parte del dominus e diritto ad altri concesso di innalzare una costruzione, oggetto di proprietà “separata” (*rectius* superficaria). Successivamente, i giuristi medioevali hanno creduto di temperare il rigore di tale conflitto, scindendo le posizioni del superficario e del proprietario, ed introducendo il concetto di dominio utile<sup>69</sup>. Nel codice civile del 1865, mancando una disciplina espressa del diritto di superficie, sarebbe stato impossibile configurarlo come un autonomo diritto reale di godimento, stante il principio di tassatività dei diritti reali stessi: né, peraltro, sarebbe stato utile o corretto assimilare il concetto di superficie a quello di usufrutto, ovvero di servitù, o ancora individuando in esso un diritto di “enfiteusi urbana”<sup>70</sup>. Coerentemente, l’illustre autore giungeva a configurare il diritto di superficie come un vero e proprio diritto di proprietà<sup>71</sup>; si noti che la tesi si presentava di particolare interesse ad apprezzamento specialmente per la mancanza di una disciplina del diritto di superficie nel codice civile del 1865. Tuttavia, le argomentazioni logiche utilizzate risultano ancora attualissime e di notevole utilità, anche secondo il dettato dell’odierno codice civile (da «rileggere in chiave costituzionale»<sup>72</sup>), che disciplina specificatamente il diritto di superficie, inquadrandolo però tra i diritti reali di godimento su cosa altrui.

In tal senso, la suindicata tesi ha correttamente sottolineato che, così come sussiste una proprietà “unita” di suolo, sottosuolo e soprasuolo, è allo stesso modo possibile concepire una proprietà separata tra tali beni, senza che ciò costituisca e rappresenti alcun limite “insanabile” per il diritto del proprietario del suolo, o che individui una deroga inammissibile al diritto di accessione. Se, infatti, il proprietario del tutto rinuncia espressamente al proprio diritto, è ben possibile la coesistenza di diverse tipologie di proprietà sullo stesso suolo. Non vi sarebbe quindi nessuna

<sup>66</sup> COVIELLO, *op. cit.*, p. 70 s. e p. 109 – 110.

<sup>67</sup> GUARNIERI, *Superficie*, cit., p. 207.

<sup>68</sup> Parla correttamente di principio di accessione necessaria, SITZIA, *Superficie*, cit., p. 1459.

<sup>69</sup> I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, *Superficie (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1464 ss.; COVIELLO, cit., p. 88 ss.

<sup>70</sup> COVIELLO, cit., pp. 102-104.

<sup>71</sup> COVIELLO, cit., p. 114 ss.; conf., FERRARA sen., *La superficie nelle piantagioni*, cit., pp. 132-133; PALERMO, *La superficie*, cit., pp. 24-25. In senso critico, cfr. G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 562 ss.

<sup>72</sup> Per una rilettura in senso costituzionale dei rapporti giuridici reali, cfr., per tutti, E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, ESI, 1998, *passim*.

“impossibilità metafisica” o contrastante con il diritto naturale<sup>73</sup>, poiché l’unico elemento insopprimibile è dato dal fatto «che non può concepirsi una superficie esistente materialmente senza il suolo»<sup>74</sup>. Da tali considerazioni, la dottrina citata argomentava la natura dominicale del diritto di superficie, che avrebbe presentato alcune caratteristiche peculiari, quale la possibilità dell’esistenza di una proprietà temporanea, oltre all’inevitabile sussistenza e coesistenza di limitazioni reciproche tra il proprietario del suolo e quello della costruzione.

È facile notare la stringente attualità della tesi dottrinale illustrata con l’odierno dettato legislativo: va evidenziato che apparentemente la tesi sembra mostrare una profonda distanza dalla disciplina del codice del ’42, poiché attribuisce ad un diritto in re aliena la natura di vero e proprio *jus in re propria*. Tuttavia, a ben vedere, essa mette in luce, da un lato, la cogente necessità di abbandonare vecchi dogmi, ormai lontani dall’evoluzione degli istituti privatistici e, dall’altro, l’infondatezza di presunti contrasti tra diritto di innalzare una costruzione su un suolo altrui (o di sopraelevare su un bene oggetto di condominio) e diritto di proprietà (individuale o comune).

Con l’attribuzione di proprietà separate orizzontalmente non si vulnera in alcun modo la pretesa assolutezza del diritto di proprietà “principale”; peraltro, il nuovo codice ha correttamente “temperato” il rigore argomentativo della tesi esposta, laddove ha comunque previsto l’esistenza di una fonte di natura contrattuale, all’origine del rapporto tra diritto del proprietario del suolo (o tra condomini) e titolare dello *jus ad aedificandum* (o titolare del diritto al sopralzo). Intesa in questo senso ed in un’ottica evolutiva coerente con le mutate esigenze sociali e giuridiche, la tesi sembra meritevole di essere pienamente “riletta e rivisitata”, evidenziando in nuce le potenzialità attuali dello studio della teoria dei beni e dei diritti su essi esercitati. Tale teoria, infatti, lungi dal rappresentare un ancoraggio al passato e a dogmi ormai non più attuali, sembra riassumere, al contrario, se correttamente interpretata, le nuove esigenze di temperamento tra interessi contrapposti, che possono realmente armonizzarsi e convivere, al fine di garantire la massima esplicazione della personalità umana, che si svolge e si realizza (anche) attraverso l’utilizzo e l’impiego dei beni materiali.

<sup>73</sup> Molto suggestive sono le riflessioni di FERRARA sen., *La superficie nelle piantagioni*, cit., p. 131 – 132, il quale sottolinea che, contro il principio romanistico dell’unità del bene oggetto di proprietà, sussisterebbe una “concezione popolare”, in base alla quale – per puro “buon senso” – nulla impedisce a più soggetti di essere contemporaneamente proprietari di beni diversi sulla stessa cosa; ciò rendendosi “laici del diritto”, con la “mente spoglia di dogmi giuridici”.

<sup>74</sup> COVIELLO, cit., p. 115.