Sirio Zolea

Il diritto di superficie nei sistemi delle regole di appartenenza: uno studio comparativo

eum

eum

Sirio Zolea

Il diritto di superficie nei sistemi delle regole di appartenenza: uno studio comparativo

eum

Questo libro è edito con il cofinanziamento del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata.

Isbn 978-88-6056-645-4
Prima edizione: febbraio 2020
©2020 eum edizioni università di macerata
Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata
info.ceum@unimc.it
http://eum.unimc.it

Impaginazione: Roberta Salvucci

Sube a nacer conmigo, hermano.

Dame la mano desde la profunda
zona de tu dolor diseminado.
No volverás del fondo de las rocas.
No volverás del tiempo subterráneo.
No volverá tu voz endurecida.
No volverán tus ojos taladrados.
Mírame desde el fondo de la tierra,
labrador, tejedor, pastor callado:
domador de guanacos tutelares:
albañil del andamio desafiado:
aguador de las lágrimas andinas:
joyero de los dedos machacados:
agricultor temblando en la semilla:
alfarero en tu greda derramado:
traed a la copa de esta nueva vida
vuestros viejos dolores enterrados.

Pablo Neruda

L'Autore desidera ringraziare, per i consigli e per l'incoraggiamento, i Professori Luigi Moccia, Lucio Francario, Hugues Périnet-Marquet, Vincenzo Zeno-Zencovich, Ermanno Calzolaio, Michel Boudot, Giorgio Resta, Matthieu Poumarède, Pierre Serrand, Charles Gijsbers, Laura Vagni, Noah Vardi, Margherita Colangelo, Valerio Forti, i Dottori Francesco Mezzanotte, Fabiana Bettini, Johan Van de Voorde e l'Avvocato Stefano Guerra.

Indice

13 Prefazione

15 Introduzione

15 1. Alcune coordinate
21 2. Che cos'è il diritto di superficie?
24 3. Cenni storici sull'evoluzione del diritto di superficie
25 a. Dallo *ius in re aliena* alla proprietà superficiaria
33 b. L'avvento delle codificazioni: una sopravvivenza difficoltosa
43 4. Modelli di proprietà nella comparazione *civil law-common law*
44 a. Continuità e discontinuità nell'evoluzione dei regimi di appartenenza
49 b. Un diverso quadro terminologico e concettuale
55 c. Il rapporto tra suolo e costruzione nell'esperienza di *common law*

Parte prima
Natura giuridica e principi generali del diritto di superficie

Capitolo primo
61 I fondamenti del diritto di superficie

61 *Sezione I*. Le esigenze economiche e sociali
62 A. La dialettica tra il principio dell'accessione e il principio del lavoro
67 B. L'immobile dissociato

80 *Sezione II*. I fondamenti nel diritto positivo
80 A. Il modello francese
85 B. Il modello belga
88 C. Il modello italiano

Capitolo secondo
103 Un istituto di difficile sistematizzazione
103 *Sezione I*. La superficie tra realità e obbligatorietà nel diritto positivo
105 *Sottosezione I*. I tentativi d'inquadramento in dottrina: un dibattito mai sopito
106 A. Il dibattito francese
106 a. Teorie moniste
110 b. Teorie dualiste
112 c. La visione del diritto di superficie come mero diritto reale sul fondo altrui
116 d. La natura del diritto di superficie prima della realizzazione delle costruzioni (o piantagioni) o in caso di loro rovina
119 B. Il dibattito italiano
120 a. Le problematiche d'inquadramento nella vigenza del Codice del 1865
125 b. Il dibattito attuale: proprietà superficiaria e proprietà separata
139 C. Discussione critica delle teorie sulla natura della superficie
145 *Sottosezione II*. Diritti reali e diritti personali: un confine sottile
145 A. Spunti dalla dottrina francese: la critica dell'opposizione tra diritti reali e diritti di obbligazione
154 B. La natura del diritto del conduttore di beni immobili
166 C. Realità e obbligatorietà nella genesi e nel presente del diritto di superficie
172 *Sezione II*. La superficie alla prova delle proposte francesi di riforma del diritto dei beni
173 A. La messa in discussione di una categoria unitaria di superficie
178 B. Diritto reale di godimento speciale e diritto di superficie
179 a. La problematica del numero chiuso o aperto dei diritti reali
189 b. Il diritto reale di godimento speciale nelle proposte e nella successiva giurisprudenza
192 c. Diritto di superficie e diritto reale di godimento speciale: punti di contatto ed elementi di rivalità

Capitolo terzo
195 Le fonti del diritto di superficie
195 *Sezione I*. Fonti convenzionali
195 A. Contratti di locazione
201 a. Costituzione di un diritto di superficie conformemente a un accordo tra le parti
209 b. Costituzione di un diritto di superficie in assenza di uno specifico accordo
220 B. Contratti di cessione di superficie a titolo principale
227 *Sezione II*. Altre fonti
227 A. Atti

228 a. La legge e gli atti amministrativi
231 b. Il testamento
232 c. La rinunzia all'accessione
235 B. Fatti
235 a. L'usucapione
247 b. Gli usi

Parte seconda
Manifestazioni contemporanee del diritto di superficie

Capitolo primo
255 Le locazioni reali
255 *Sezione I*. Gli specifici contratti di locazione francesi attributivi di un diritto reale
262 A. I contratti di locazione che conferiscono un diritto reale negli usi locali di alcune regioni
268 B. *Bail emphytéotique*
269 a. Cenni storici
283 b. Natura e finalità del contratto
288 c. Rapporto con le disposizioni generali in tema di locazioni ed elementi essenziali del contratto
298 d. La disciplina del rapporto e la sua fine
304 C. *Bail à construction*
304 a. Finalità del contratto e natura del diritto conferito
313 b. Differenza tra *bail à construction* e *bail emphytéotique* ed elementi essenziali
320 c. Obblighi e diritti delle parti e fine del rapporto
328 d. *Bail à construction* e comproprietà
332 D. *Bail à réhabilitation*
341 E. *Concession immobilière*
349 F. *Bail réel immobilier* e *bail réel solidaire*
350 a. *Bail réel immobilier*: la funzione
354 b. Definizione del *bail réel immobilier* e natura del diritto conferito
360 c. *Bail réel solidaire*
366 *Sezione II*. Le locazioni reali: comparazione e problematizzazione
366 *Sottosezione I*. L'enfiteusi in altri modelli giuridici: uno sguardo comparativo
367 A. L'enfiteusi in Belgio
371 B. Italia e Francia: considerazioni comparative
381 *Sottosezione II*. Le locazioni reali e il modello di proprietà del *Code civil*
382 A. Locazioni reali, crisi del modello francese di proprietà e dialogo con la *common law*
383 a. Crisi della teoria dell'accessione immobiliare

386 b. Proprietà unitaria, assoluta, esclusiva, perpetua?
393 c. Locazioni reali francesi e *leasehold estate* di *common law*
397 B. Dalla proprietà limitata alla proprietà conformata

Capitolo secondo
405 La proprietà di volumi

405 *Sezione I*. Una nuova concezione dell'immobile in Francia
406 *Sottosezione I*. La divisione dello spazio in volumi oggetto di appropriazione
406 A. Le riflessioni di Savatier
415 B. La diffusione della divisione in volumi
415 a. Gli insiemi immobiliari complessi nella prassi: l'utilizzo di una nuova tecnica di ripartizione degli spazi
429 b. La gestione dei rapporti tra proprietari negli insiemi immobiliari complessi
433 c. L'accoglienza della giurisprudenza
436 *Sottosezione II*. Le conseguenze della nuova concezione dell'immobile
436 A. Comproprietà e proprietà di volumi: un rapporto difficile
439 a. La nozione di *lot de copropriété*
447 b. I limiti del regime della comproprietà
453 c. La sovrapposizione dei due sistemi di organizzazione degli immobili in comproprietà e in volumi
462 B. Verso una dematerializzazione anche della proprietà immobiliare

466 *Sezione II*. Proprietà di volumi e circolazione transfrontaliera dei modelli di appartenenza
467 *Sottosezione I*. Configurabilità della divisione in volumi oggetto di appropriazione in altre esperienze giuridiche
467 A. Il rigetto della proprietà di volumi in Belgio
470 B. Prospettive e ostacoli in Italia
477 C. Il contratto di cessione di volumetria edificabile in Italia
484 D. Esperienze di *freehold estates* portanti su volumi di spazio nel mondo di *common law* (e uno sguardo ai sistemi misti)
503 *Sottosezione II*. Proprietà immobiliare dematerializzata tra *common law* e *civil law*: prospettive d'interlocuzione tra sistemi giuridici
504 A. La caduta di un altro dogma della concezione continentale moderna della proprietà immobiliare
506 B. Differenze e convergenze tra modelli dominicali di *civil law* e di *common law*
513 C. Modelli di proprietà e modelli di società

Parte terza
Il diritto di superficie e l'interesse generale

Capitolo primo
521 Diritto di superficie e demanio pubblico
521 *Sezione I*. Locazioni, autorizzazioni e concessioni amministrative che attribuiscono un diritto reale sul suolo demaniale
526 A. *Bail emphytéotique administratif*
538 B. Autorizzazione di occupazione del demanio pubblico francese costitutiva di diritti reali
545 C. Concessioni amministrative su beni demaniali in Italia
551 *Sezione II*. Demanio pubblico e divisione in volumi
551 A. L'incompatibilità tra demanialità pubblica e comproprietà
553 B. La soluzione della divisione in volumi di proprietà esclusiva

Capitolo secondo
557 Una funzione sociale per il diritto di superficie
557 *Sezione I*. Superficie e politiche abitative
557 A. Gli aspetti sociali di alcune locazioni che conferiscono un diritto reale istituite dal legislatore in Francia
558 a. *Pass foncier*
560 b. *Bail à réhabilitation*
565 c. *Bail réel immobilier* e *bail réel solidaire*
575 d. Raffronto con il *community land trust* di *common law*
588 B. Il diritto di superficie nella realizzazione in Italia di parcheggi e di opere a fini di edilizia popolare su terreni espropriati dai comuni
589 a. L'edilizia residenziale pubblica
595 b. I cosiddetti parcheggi pertinenziali su aree pubbliche
598 *Sezione II*. Un'attualizzazione del principio del lavoro in un sistema di produzione complesso alla luce della Costituzione italiana
599 A. La proprietà nella Costituzione: cenni
605 B. Osservazioni conclusive: diritto di superficie e istanze costituzionali in tema di proprietà

615 Bibliografia

657 Elenco delle abbreviazioni bibliografiche utilizzate

Prefazione

Il lavoro di Sirio Zolea affronta il tema del diritto di superficie, analizzandolo secondo una prospettiva comparativa, con particolare riguardo all'esperienza giuridica francese (e belga), senza trascurare spunti di confronto con il mondo di *common law*.

L'istituto viene studiato a partire dai suoi utilizzi più diffusi nella prassi negoziale, che talvolta si allontanano dalle formule legislative. Una particolare attenzione è dedicata a comprendere e spiegare perché l'istituto si presenti in Italia in una fisionomia più unitaria, mentre in Francia esso è frammentato in una pluralità di figure, concepite per rispondere a una serie di bisogni concreti emersi alla luce dell'utilizzazione pratica. Il diritto di superficie è approfondito nel suo carattere ambivalente di elemento dinamico e flessibile dei sistemi dei diritti reali e, al tempo stesso, di fattore problematico e destabilizzante al loro interno. Questa posizione particolare, rimettendo in discussione nel suo formalismo la concezione di matrice romanistica dei sistemi continentali di appartenenza, fa inoltre della superficie un possibile ponte di dialogo e di ibridazione giuridica con il modello di "property" nel mondo di *common law*.

L'approccio storico-comparatistico consente quindi all'Autore di risalire ai caratteri profondi e latenti dell'istituto e di far emergere alcuni profili che erano rimasti in ombra nelle trattazioni precedenti, tanto italiane quanto francesi.

Senza mai perdere di vista il filo conduttore, essenzialmente privatistico, lo svolgimento del percorso si arricchisce di spunti tesi a collocare l'analisi nel più ampio contesto della vocazione anche sociale della superficie, ancorando la ricostruzione dei contorni giuridici dell'istituto ai bisogni che esso testimonia e

ai conflitti che lo attraversano. Il diritto di superficie è studiato, dunque, in quanto prodotto sociale, piuttosto che come costruzione astratta, a partire dalle istanze fondamentali che sono alla base della sua nascita e delle sue evoluzioni e addentrandosi nel loro labirinto per comprenderle a fondo.

In quest'ottica, il lavoro giunge a fornire una chiave di lettura che illumina l'attuale funzione sociale del diritto di superficie, ipotizzando un ruolo di rilievo dello stesso come strumento per riguardare l'intero sistema del diritto dei beni in chiave costituzionalmente e solidalmente orientata. Si sviluppano, così, in una nuova e diversa direzione, quelle istanze che hanno ispirato negli ultimi anni la copiosa riflessione giuridica in tema di beni comuni.

La ricerca è stata condotta anche giovandosi di lunghi soggiorni di studio in Francia, in occasione del percorso di dottorato, condotto in cotutela tra l'Università di Macerata e l'Università Panthéon-Assas. Il contatto approfondito e diretto con i due mondi accademici si è dimostrato fruttuoso, traendo profitto anche dalla necessità di confrontarsi con approcci metodologici diversi.

In definitiva, l'Autore è riuscito a rileggere in modo attuale le tematiche che ruotano attorno alla natura dei diritti reali. Il ricorso ai metodi della comparazione giuridica ha consentito di evitare la trappola del concettualismo dogmatico del dibattito che si rinchiude nella dimensione angusta dei confini nazionali, inserendosi, così, e a pieno titolo, nella scelta strategica dell'Ateneo maceratese dell'*Umanesimo che innova*: una proiezione verso il futuro che non prescinde, ed anzi si fonda sul bagaglio culturale di secoli e di millenni di elaborazione del sapere scientifico.

Ermanno Calzolaio
Ordinario di diritto comparato
nell'Università di Macerata

Introduzione

1. *Alcune coordinate*

L'oggetto dell'indagine è il diritto di superficie, nella prospettiva comparatistica. Meglio ancora, visti i confini mobili della figura tra un ordinamento e l'altro e nel medesimo ordinamento nel corso del tempo e persino, nello stesso tempo, secondo le variegate ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali, può dirsi che oggetto dell'indagine siano i fenomeni di dissociazione giuridica dell'immobile, comunque tecnicamente denominati, in alcuni ordinamenti. Tali fenomeni sono presi in considerazione dedicando la massima attenzione al diritto vivente e alla pratica degli operatori del diritto, analizzando e valutando le diverse interpretazioni teoriche sempre alla luce della prassi e dei bisogni sociali in cui la prassi trova fondamento. Già quanto precede consente di percepire che può rivelarsi ricco di spunti un approccio comparativo-funzionalistico, volto anche alla ricerca costruttiva degli elementi che più fruttuosamente si prestano a esperienze d'ibridazione giuridica.

Nel presente studio, si è scelto di focalizzarsi sugli ordinamenti italiano e francese, dedicando altresì una certa attenzione a quello belga e ad alcuni aspetti del sistema di *common law*. Come spesso accade, la decisione può peccare di una certa arbitrarietà. Al difuori dei modelli selezionati, non mancano affatto evoluzioni di estremo interesse in materia di diritto di superficie e di dissociazione giuridica dell'immobile, ogni volta confermando – in maniera più o meno convergente con quanto avviene negli ordinamenti qui oggetto di specifica attenzione – la vitalità e l'attualità della materia, probabilmente tra le più dinamiche nell'ambito della disciplina di diritto civile degli immobili. Per esempio, gli ordinamenti tedesco e svizzero, influenti sul modello

di diritto di superficie adottato dal nostro Codice civile, si sono dimostrati tutt'altro che statici nel corso del tempo in questa materia. In Svizzera, la scarna regolamentazione codicistica, come una servitù idonea a comportare una deroga al principio dell'accessione, è apparsa insufficiente a disciplinare i diffusi utilizzi della pratica, anche a fini di edilizia pubblica, sicché nel 1965 il legislatore è dovuto intervenire a rafforzare e a integrare la stessa, per esempio in tema di negozio costitutivo, sorte delle costruzioni e indennizzo del superficiario, durata, ipotesi di estinzione, ecc.[1]; per l'articolo 675 del Codice civile elvetico, dalla cui applicazione sono esclusi i singoli piani di un edificio,

> [l]e costruzioni ed altre opere scavate o murate nel fondo altrui, o in qualsiasi modo durevolmente incorporate al suolo o al sottosuolo, possono avere un proprietario speciale, quando la loro esistenza sia iscritta nel registro fondiario come servitù,

mentre in virtù dell'articolo 779,

> [i]l proprietario può costituire una servitù a favore di alcuno, consistente nel diritto di fare e mantenere una costruzione sul suo fondo, sopra o sotto la superficie del suolo.

In Germania gli assestamenti lungo il percorso sono ancora più notevoli, a partire dalla codificazione, nel solco dell'esperienza della pandettistica, di un *Erbbaurecht* su costruzioni sopra o sotto il suolo passibili di proprietà separata da quella del terreno: nel 1919 la disciplina dell'istituto trova posto fuori dal BGB, con l'abrogazione degli articoli codicistici in materia; nuove modifiche e integrazioni sopravverranno nel 1974. In tale ordinamento è pertanto possibile gravare un fondo in maniera che una persona, per il cui beneficio la prerogativa è conferita, abbia un diritto trasmissibile *inter vivos* o *mortis causa* di costruire sopra o sotto il suolo[2]; il contenuto del diritto può anche consistere in una generale prerogativa di realizzare ciò

[1] A. Guarneri, *Superficie*, in *Dig. disc. priv.*, sezione civile, XIX, p. 210.

[2] *Ibidem*; aggiunge l'Autore (stessa pagina): "Per comune interpretazione tale diritto può avere ad oggetto sia la proprietà separata della costruzione già esistente, sia il *jus aedificandi*, sia al di sopra che al di sotto del suolo, può essere sottoposto ad ipoteca ed è sosgetto alle formalità pubblicitarie di natura costitutiva, iscritte in un apposito *Grundbuchblatt*, il cosiddetto *Erbbaugrundbuch*".

che si vuole sopra o sotto il terreno conseguendone la distinta proprietà[3]. L'esempio della codificazione austriaca presenta poi interessanti elementi di continuità con la teoria del doppio dominio e in questa chiave l'istituto era descritto e regolato nel testo, salvo altresì, dopo l'abolizione dei rapporti di vassallaggio, riaffiorare e trovare posto nel 1912 nella legislazione extracodicistica come diritto reale *sui generis*, su immobili di persone giuridiche di diritto pubblico[4]. Si può pure menzionare la scelta in occasione della recente nuova codificazione in Romania di giungere a positivizzare l'istituto superficiario[5], con regole che testimoniano punti di contatto con quelle italiane. Non mancano neanche spunti in materia di separazione dei titoli giuridici di appartenenza sul suolo e sul soprassuolo nei Paesi islamici[6], il cui ruolo è anche ivi accentuato dall'estrema urbanizzazione del giorno d'oggi, e tali assetti sono tanto più importanti nei sistemi dei diritti reali delle esperienze di socialismo asiatico[7], in cui si tiene fermo il principio della proprietà collettiva sul suolo pur potendosi consentire l'attribuzione a privati di prerogative su di esso idonee a giustificare la proprietà privata delle abitazioni. Il catalogo dei terreni fertili che si potrebbe e si dovrebbe esplorare

[3] B. Akkermans, W. Swadling, T*ypes of Property Rights – Immovables and Movables (Goods)*, in S. Van Erp, B. Akkermans, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2012, p. 280, pp. 282-283.

[4] A. Guarneri, *Superficie*, in *Dig. disc. priv*., sezione civile, XIX, p. 210.

[5] I. Sferdian, *La superficie sous la forme du droit d'édifier des constructions, modalité du droit de superficie*, in F.A. Baias, R. Dincă (a cura di), *Le nouveau Code civil roumain: vu de l'intérieur – vu de l'extérieur*, vol. II, Bucarest, 2015, pp. 473-482.

[6] Cfr., *ex plurimis*, S. Thacker, S. Veer, *Strata Law in Dubai*, in *Court Uncourt*, 2015, n. I, pp. 5-7; R. Agrawal, *The New Abu Dhabi Strata Law*, in *Court Uncourt*, 2016, n. VI, pp. 2-4.

[7] V. S. Li, *La loi de la République populaire de Chine sur les droits réels: principes fondamentaux et notions de base*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2009, pp. 73 ss.; J. Han, *L'écart entre le droit d'usage du terrain et la propriété en droit chinois*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2016, pp. 1029 ss.; S. Qiao, F.K. Upham, *China's changing property law landscape*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 311 ss.; C. Van Der Merwe, *Reflections on Chinese Apartment Ownership Law (part 1)*, in *Journal of South African Law*, 2014, pp. 788 ss.; C. Van Der Merwe, *Reflections on Chinese Apartment Ownership Law (part 2)*, in *Journal of South African Law*, 2015, pp. 26-38; N.D. Nguyen, *Nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit des biens français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2006, pp. 1203 ss.

più ampiamente in materia di dissociazione giuridica dell'immobile permane pertanto amplissimo. Un loro effettivo approfondimento supera però di molto il campo di ciò che può essere affrontato con sufficiente rigore in questa sede.

L'ordinamento italiano è stato qui scelto poiché pietra di paragone familiare tanto allo scrivente quanto al pubblico dei lettori giuridici in lingua italiana. Si svilupperà inoltre nella trattazione l'idea di una particolare adeguatezza del diritto di superficie a realizzare alcune istanze in materia di proprietà dotate in Italia persino di rilievo costituzionale, tentando conclusivamente di fornire alcuni suggerimenti in vista di un più rigoglioso sviluppo dell'istituto in discorso nel nostro ordinamento, nella speranza di associare alle riflessioni qualche possibile sbocco costruttivo. L'aggancio al modello italiano risulta allora ulteriormente giustificato da tale prospettiva d'indagine e di proposta, volta a offrire spunti al legislatore e ai vari operatori del diritto. La Francia funge da altro fondamentale pilastro del discorso in ragione dei molteplici sviluppi che il diritto di superficie ha ivi conosciuto negli ultimi decenni, dando luogo a una serie variegata di figure di crescente diffusione nel panorama del diritto (civile, ma anche amministrativo) d'oltralpe. Si è voluto allora provare a colmare la lacuna dovuta all'attuale carenza di uno studio approfondito e aggiornato che compari lo stato del diritto di superficie in Italia e in Francia, descrivendo le regole e le loro applicazioni, analizzando somiglianze e differenze, domandandosene le ragioni e interrogandosi sulle potenzialità di convergenza, quando opportune e foriere di possibili risposte a reali esigenze delle società, con cui il mondo del diritto è chiamato a confrontarsi. Il Belgio è preso in considerazione in quanto modello giuridico civilistico in generale prossimo a quello francese – in conseguenza della permanenza in vigore in tale Paese della codificazione napoleonica, via via (con prudenza) modificata e integrata nel corso del tempo quando opportuno – nel quale l'istituto in discorso ha preso sin da tempi non recenti una via parzialmente divergente, con interessanti conseguenze teoriche e pratiche, in ogni caso sviluppandosi in maniera ragguardevole nella prassi. Per alcuni aspetti il modello belga può porsi a metà strada tra i due già evocati, per altri ha intrapreso strade sue proprie comunque

potenzialmente anch'esse non aride di spunti per un rilancio in Italia dell'istituto superficiario. L'indagine su alcuni aspetti del sistema di *common law*, con la relativa necessità di procedere a una minima introduzione teorica ai regimi delle situazioni di appartenenza in tale differente mondo giuridico, ha preso corpo proprio con l'incedere delle ricerche. Una serie di spunti disseminati nelle fonti oggetto di studio schiudevano diverse e più trasversali prospettive sul diritto di superficie, mettendone in luce, nella sua poliedrica esistenza, l'interessante natura di un possibile canale di dialogo tra le due grandi famiglie della tradizione occidentale, un ponte sottile avanzando sul quale si scorgono alcune convergenze profonde, anche se non d'immediata individuazione, tra i modelli proprietari di *civil law* e di *common law*. È sembrato allora opportuno evidenziare e valorizzare tali spunti, senza pretese di definitività, ma offrendone qualche ipotesi embrionale di sviluppo, quantomeno in via problematica e interrogativa.

È possibile individuare alcuni filoni principali che caratterizzeranno il percorso argomentativo dell'analisi, non in una successione per blocchi, bensì intrecciandosi e richiamandosi reciprocamente nel corso dell'esposizione, in quanto intimamente legati:

- La dimensione storica del diritto di superficie, in quanto chiave di comprensione delle somiglianze e delle differenze esistenti tra gli ordini giuridici studiati;
- La dimensione economico-sociale del diritto di superficie, come analisi delle istanze concrete dei soggetti coinvolti, a cui sul piano giuridico è necessario dare risposte;
- La dimensione dogmatico-concettuale del diritto di superficie, evidenziandone la natura di elemento dinamico e problematico del sistema dominicale romanistico, con particolare riferimento al rapporto con la figura dell'enfiteusi, con il processo di tridimensionalizzazione dell'oggetto della proprietà immobiliare e con la bipartizione dalle frontiere mobili in diritti reali e personali nei diversi ordinamenti presi in considerazione;
- La dimensione del diritto di superficie, principale manifestazione nel mondo di *civil law* della dissociazione giuridica

dell'immobile, come ponte e canale di comunicazione fra le tradizioni di *civil law* e di *common law*, in quanto elemento di messa in discussione della dogmatica chiusa propria dei modelli continentali di proprietà presi in considerazione, facendo emergere le loro strutture latenti precedenti l'epoca delle codificazioni;

- La dimensione politico-sociale del diritto di superficie, in quanto strumento che può veicolare istanze solidaristiche in materia di proprietà, che oggi in Italia hanno assunto un rilievo anche costituzionale: la superficie può quindi assumere un ruolo pure in settori aventi rilievo pubblicistico, nonché farsi portatrice di un processo di costituzionalizzazione del diritto privato.

Filo conduttore tra queste diverse dimensioni e sfaccettature prese in considerazione è l'attitudine del diritto di superficie a presentarsi come figura aperta e malleabile, dalla controversa collocazione in sistemi concepiti come chiusi e autosufficienti: una figura idonea a riempirsi, secondo le concrete esigenze e gli spazi lasciati alla sua espansione da ciascun ordinamento, di contenuti complessi e diversificati.

L'apparato di note dalla consistenza non indifferente è frutto di una precisa scelta di offrire, a illustrazione e complemento del testo, soprattutto una certa abbondanza di materiali interni agli ordinamenti studiati, lasciando per quanto possibile liberamente "parlare" le diverse voci degli autori e dei giudici e le fonti formali del diritto quando emblematiche della molteplicità di letture e punti di vista che caratterizzano la problematica materia in discorso. La presenza di tali finestre di approfondimento sull'interno dei sistemi presi in considerazione può allora risultare giovevole a dipanare la matassa, offrendo molteplici esemplificazioni di quanto sostenuto nel testo. Non si ambisce a offrire un'esposizione completa del diritto di superficie in alcuno degli ordini giuridici esaminati: d'altronde, tali trattazioni già esistono e aggiungerne una in più poco di nuovo potrebbe offrire oltre allo schierarsi nell'uno o nell'altro senso nelle diverse discussioni concettuali che hanno animato gli autori, solo in pochi casi guardando fuori dell'orizzonte del proprio Paese. Piuttosto è parso più utile interrogarsi, da una prospettiva comparativa, sul

significato profondo di tali contrapposti orientamenti: la loro genesi storica, le istanze sottese, gli interessi sociali in gioco, e in questa chiave esprimere su di essi anche posizioni critiche, vagliandone l'idoneità a offrire risposte adeguate alle sfide della proprietà nel nuovo millennio. Del diritto di superficie, si sono di volta in volta selezionati gli elementi che meglio si prestano alla comparazione tra i sistemi considerati, facendone emergere i connotati di maggior interesse per uno o più dei filoni che si sono indicati e tralasciando una comparazione di dettaglio laddove si sarebbe limitata a un mero catalogo di somiglianze e differenze non fondamentali per la ricostruzione offerta. Si è inoltre tenuto conto del fatto che in Italia la superficie è una figura tendenzialmente unitaria o, quantomeno, riconducibile a pochi, ben identificati, poli concettuali, laddove in Francia il suo esistere a ridosso della prassi la frammenta in una serie di assetti ciascuno concepito per rispondere a specifici bisogni: anche per questo è sembrato più interessante articolare il testo intorno ai suddetti principali filoni di ricerca invece che comparare puntualmente le regole italiane con le molteplicità differenziate di regole francesi, il che avrebbe dato al testo un'andatura discontinua e zoppicante e reso più difficile l'enucleazione dei meccanismi profondi che emergono meglio da una visione d'insieme. Questo a costo di trascurare, per quanto esulante dai percorsi selezionati, una più minuziosa comparazione riferita ad alcuni gruppi di regole non in sé privi d'importanza (per esempio, i modi di estinzione del diritto, le regole concernenti la sua pubblicità, i poteri residui del proprietario dopo il conferimento del diritto reale, il rapporto tra superficie e comproprietà immobiliare, il diritto di sopraelevazione della costruzione esistente, ecc.).

2. *Che cos'è il diritto di superficie?*

Che cos'è il diritto di superficie? Ad attirare già a un primo sguardo l'attenzione di chi scrive è stata proprio la problematicità definitoria dell'istituto. La prossimità tra gli ordinamenti italiano e francese non impedisce che anche per altre figure nell'ambito dei diritti reali le nozioni correnti tanto nei testi legislativi, quanto nelle decisioni giudiziali, quanto nelle rico-

struzioni dottrinali possano non coincidere del tutto, offrendo interessanti diversi punti di vista. Ciò che però colpisce delle definizioni date del diritto di superficie, tra Italia e Francia e tra una fonte e l'altra in Francia, è l'impressione di una siderale distanza. L'istituto è (quasi) pretermesso dal *Code civil*; il nostro Codice invece lo disciplina, sia pure in pochi articoli: non proprio definendolo, ma offrendo una visione abbastanza chiara del concetto all'articolo 952, dedicato alla "costituzione del diritto di superficie":

> [i]l 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.

Rispetto a questa formulazione, non sembrano porre grandi problemi, almeno a un primo approccio, le definizioni rinvenibili nella più diffusa manualistica. Per esempio, si scrive che

> [l]a superficie consiste alternativamente:
> a) nel diritto (c.d. «concessione *ad aedificandum*») di costruire, al di sopra del suolo altrui, un'opera, di cui il *superficiario*, quando l'abbia realizzata, acquista – a titolo originario – la proprietà (c.d. «*proprietà superficiaria*») separata da quella del suolo, la quale ultima (c.d. «*nuda proprietà*») resta invece al concedente; ovvero
> b) nella proprietà separata (c.d. proprietà superficiaria) di una costruzione già esistente di cui un soggetto diverso dal proprietario diviene titolare, mentre la proprietà del suolo (c.d. nuda proprietà) resta al concedente[8].

Ben più intricato si presenta il quadro al di là delle Alpi[9] e ben più variegati e vagamente ondivaghi sono i tentativi di defini-

[8] A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXI ed. a cura di F. Anelli, C. Granelli, Milano, 2013, pp. 291-292.

[9] Sull'impressione di ambiguità concettuale che si prova con l'accostarsi alla superficie francese, cfr. le riflessioni di S. Laporte-Leconte, *Le droit de superficie (fasc. 251-30)*, in *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, 2016, n. 50: "En l'absence de réglementation particulière de ce droit par le Code civil, le statut juridique du droit de superficie doit être établi sur la base de deux éléments : sa nature juridique et sa source. Dans l'hypothèse où le droit de superficie est fondé sur un contrat, c'est le contrat et la réglementation applicable à ce contrat qui vont fixer le statut juridique. C'est le cas des baux dits superficiaires précédemment évoqués dont le régime juridique est encadré par la loi et le contrat. Ces baux sont soumis à un régime juridique qui

zione che si ritrovano nella manualistica di più diffusa adozione nelle università:

droit de propriété sur les constructions[10];

Le droit de superficie n'est pas une copropriété; chacun est propriétaire de choses différentes. Il ne s'agit pas non plus d'une servitude. Le droit de superficie est soumis à toutes les règles de la propriété[11];

Les droits de superficie correspondent à un découpage de la propriété entre, d'une part, le tréfonds, c'est-à-dire le sous-sol et, d'autre part, le sol et les plantations, ouvrages et bâtiments qui s'y trouvent. La propriété du tréfonds et celle de la superficie y sont attribuées à des titulaires différents. […] Il peut se définir comme un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages et plantations sur un fonds appartenant à autrui[12];

Le droit de superficie est une variété de la propriété immobilière, en ce sens qu'il s'agit d'une propriété de ce qui s'élève sur le sol (construction ou plantations), à l'exclusion de la propriété du sol lui-même et du sous-sol. […] Le propriétaire des constructions ou plantations n'est pas titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui. Il a un droit de propriété sur ce qui s'élève sur le sol, encore que, comme on le verra, on doive admettre qu'il a droit à la jouissance du sol, en tant qu'accessoire de son droit de superficie. S'agissant de la jouissance du sol, il y a bien démembrement de la propriété, puisque le propriétaire de la surface ne pourra en jouir. A cet égard, sa situation est voisine de celle du nu-propriétaire, privé de la jouissance de la chose au profit de l'usufruitier. Mais il n'y a pas de démembrement en ce qui concerne les plantations ou constructions, le propriétaire du sol ne pouvant même pas être considéré comme leur nu-propriétaire. Il n'y a pas davantage d'indivision ou de copropriété, non seulement sur le sol, mais encore sur ce qui s'y élève, entre le titulaire du droit de superficie et le

leur est propre et qui confère au droit de superficie une certaine spécificité. Il se dégage souvent de l'application de ces règles le sentiment que le droit de superficie a une nature juridique ambiguë. C'est simplement le cadre légal prévu pour ces baux qui génère ce sentiment, non la nature même du droit de superficie. […] En l'absence de précisions légales et contractuelles ou s'il trouve sa source dans la prescription, il faut dégager son régime juridique de sa nature, à savoir du fait qu'il s'agit d'un droit de propriété à part entière. N'étant pas réglementé par le Code civil, le droit de superficie n'est soumis à aucune règle impérative. C'est l'acte constitutif de ce droit qui en fixe les contours et à défaut de règles supplétives, il faut s'en remettre aux règles applicables au droit de propriété".

10 J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, p. 369.

11 H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 5, p. 122.

12 J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, in J. Ghestin (sotto la direzione di), *Traité de droit civil*, II ed., Parigi, 2010, p. 327.

propriétaire du sol. Il y a deux propriétés séparées, superposées sur le même immeuble, chacune ayant une assiette différente de l'autre[13];

Le droit de superficie est un droit réel attribué sur tout ce qui s'élève au-dessus du sol à un autre que le propriétaire du sol. L'existence de ce droit constitue une dérogation au principe de l'accession qui confère au propriétaire du sol la propriété du dessus[14];

La superficie est le droit réel appartenant à une autre personne que le propriétaire du sol sur ce qui se trouve dessus […] ou dessous […][15];

Le droit de superficie doit […] conférer à notre sens deux prérogatives distinctes: le droit d'occuper le volume d'air situé au-dessus du terrain et celui de poser les constructions sur le sol. On peut d'ailleurs considérer, pour tenir compte du terme même de superficie, que la prérogative essentielle du superficiaire est un droit sur la surface du sol. La possibilité d'utiliser le volume d'air situé au-dessus du terrain n'est que la conséquence nécessaire de ce dernier. Cette vision du droit de superficie nous paraît être celle qui rend le mieux compte de ses divers aspects[16].

Sorge spontanea la domanda se sempre dello stesso istituto si parli: se non si tratti di una mera assonanza di formule che rimandano a concetti non assimilabili, oppure se effettivamente sotto l'ombrello di un tale termine si raccolga una ricchezza concettuale in grado di esprimersi nelle manifestazioni più varie di un nucleo ideale comune. La trattazione cercherà di dare una risposta a queste questioni e dedicherà particolare attenzione alla ricerca nello spazio, nel tempo e in diverse ricostruzioni teoriche di questo nucleo concettuale condiviso, la cui pregnanza in rapporto ad alcuni bisogni sociali s'irraggia poi nei diversi modelli di diritto positivo di dissociazione giuridica dell'immobile.

3. *Cenni storici sull'evoluzione del diritto di superficie*

Nel caso del diritto di superficie, il percorso storico dell'istituto è quanto mai essenziale per comprenderne le configurazioni

[13] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 435.

[14] G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 234.

[15] P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 307.

[16] H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 155-156.

attuali. Ci si soffermerà allora brevemente su tale evoluzione, presentando qualche cenno sulle principali fasi.

a. *Dallo* ius in re aliena *alla proprietà superficiaria*

Il diritto di superficie è un istituto della tradizione giuridica continentale le cui genesi e natura si presentano complesse e stratificate. A differenza di elementi fondanti come la proprietà e il possesso, esso, successivo in ordine di tempo anche rispetto a usufrutto e servitù[17], è sorto in presenza di esigenze sociali e di una cultura giuridica maggiormente sofisticate. La concezione classica romana del *dominium*, con le relative prerogative di assolutezza e di esclusività – quasi un equivalente privato della sovranità di diritto pubblico, esclusivo di diritti di terzi sullo stesso bene che non si manifestino come a esso inferiori e subordinati –, che il principio dell'accessione[18] nella sua più ampia accezione[19] contribuiva a realizzare, attraendo inderogabilmente alla proprietà del suolo quella del soprassuolo e del sottosuolo, faceva ostacolo a ogni prospettazione di divisione della proprietà immobiliare in fasce orizzontali[20]. Col passare del tempo, l'espandersi geografico della civiltà romana, una reciproca contaminazione delle concezioni sociali e giuridiche, l'incremento demografico e il formarsi di un'economia su larga scala portarono a una graduale evoluzione degli assetti proprietari tradizionali. Si manifestò, particolarmente in città, l'esigenza da un lato di nuove costruzioni, dall'altro d'inediti

[17] P. Bonfante, *Diritto romano*, Firenze, 1900, pp. 296-297; inoltre, osserva U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, pp. 299-300, che "La miglior dottrina romanista […] mette in chiaro che superficie ed enfiteusi hanno una natura assai diversa dagli altri diritti reali di godimento, maturati nel diritto romano intorno all'idea di «dominium», proprio perché si svilupparono senza relazione con il dominium romanista e, quindi, successivamente, non in posizione ancillare, ma concorrente con esso".

[18] La cui concettualizzazione come principio generale e astratto è però propria piuttosto dei romanisti successivi che del modo effettivo di operare del diritto romano.

[19] "Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit" (Gai, 2, 73).

[20] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 18 ss.

impieghi economicamente fruttuosi della proprietà fondiaria, che ne consentissero la traduzione in liquidità attraverso strumenti più duttili, senza richiederne la cessione definitiva, cosa che avrebbe potuto nel lungo periodo compromettere le posizioni di forza delle classi proprietarie. S'iniziò così[21] a concedere a terzi la possibilità di edificare sul suolo altrui (dapprima pubblico)[22], in una prima fase nel quadro di un rapporto obbligatorio (*locatio conductio*)[23] di lungo periodo: questa genesi nella sfera dell'obbligatorietà avrà profonde conseguenze sulle caratteristiche dell'istituto superficiario, anche con riferimento al presente degli ordinamenti continentali. Col tempo però il pretore iniziò a concedere al superficiario un interdetto (proibitorio) *de superficiebus* e la possibilità di agire direttamente verso terzi. Come spesso accade nella storia del diritto, l'impulso alla trasformazione sostanziale di un istituto trova i presupposti nel mutare della sua disciplina processuale, in questo caso giungendo a pieno titolo nella sfera della realità all'epoca di Giustiniano, come diritto alienabile, ipotecabile e trasmissibile agli

[21] Cfr. R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in *Coutume, usages et pratiques: disputatio magistrorum et scholarium argentorati*, Parigi, 2015, p. 28: "L'installation de boutiques et d'échoppes aux abords du forum par des banquiers et marchands constitue le cas le plus anciennement attesté de cette pratique. […] La pratique est notamment attestée par une inscription de Pouzzoles du second siècle de notre ère découverte en 1861".

[22] Con l'effetto di consentire a privati di godere delle costruzioni da essi edificate sul suolo pubblico senza che il loro diritto potesse tangere il suolo stesso, indisponibile in quanto pubblico: v. F. Pastori, *La superficie nel diritto romano*, Milano, 1962, pp. 37-38: "Si deve ritenere che l'istituto della superficie sia sorto nell'ambito delle concessioni su suolo pubblico, il quale poteva appartenere alla *civitas* come pure ai *municipes* e alle *civitates*, ipotesi questa avvalorata dalle più antiche testimonianze delle fonti. Una conferma può essere ricavata dalla primitiva protezione dell'istituto, la quale si uniforma alla tutela delle cose pubbliche".

[23] V. F. Pastori, *La superficie nel diritto romano*, Milano, 1962, pp. 43-44: "Non vi è dubbio che le fonti pongano la locazione come fondamento della concessione superficiaria. E non si è mancato di notare l'anomalia che presenta la locazione della superficie rispetto allo schema normale della locazione […]. Si può, però, rettamente prospettare una autonomia della locazione superficiaria rispetto alla normale l*ocatio rei*, solo in conseguenza della schematizzazione del rapporto locatizio, di cui la *locatio rei* si pone come figura tipica. Se ciò si verifica nel diritto classico evoluto, non risponde, invece, al primitivo regime della locazione e proprio dall'indeterminatezza della sua configurazione può derivare la possibilità di ricondurre ad essa una serie di rapporti anomali"; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 15.

eredi, con un contenuto molto ampio[24], idoneo all'attribuzione del pieno godimento di un edificio o di una sua parte. Esso, pur arrivando in tale ultima fase a godere di mezzi di tutela assimilabili a quelli della proprietà, non conosceva ancora, secondo l'opinione dominante[25], la configurazione come proprietà superficiaria, ostacolata dal permanere di una nozione espansiva del *dominium*.

Nel lungo periodo in ogni caso le regole sulla proprietà sancite dal diritto romano non restarono immuni al radicale cambiamento della società e dell'economia nei territori europei. Con lo spostarsi a Oriente del baricentro dell'Impero, sempre più influenzato dalla cultura ellenistica, e il susseguirsi, soprattutto a Occidente, delle invasioni barbariche, che vedevano protagonisti popoli nomadi o seminomadi caratterizzati da sistemi delle regole di appartenenza radicalmente differenti, anche il principio dell'accessione finì per affievolirsi, insieme alla sottesa spiccata concezione individualistica della proprietà fondiaria. A discapito di essa si affermava l'opposto principio del lavoro, proprio dei popoli sopraggiunti a Occidente e anche favorito dall'impronta etica solidaristica della religione cristiana ormai divenuta maggioritaria. Esso faceva dipendere l'acquisto di un bene dall'operosità dell'uomo e non da un rapporto di preminenza tra cose[26], secondo un principio generale per cui tutto ciò che l'uomo produce con l'opera sua gli appartiene, "in quanto

[24] P. Bonfante, *Diritto romano*, Firenze, 1900, p. 316.

[25] Cfr. G. Pugliese, *Note sulla superficie nel diritto giustinianeo*, Milano, 1943; v. F. Sitzia, *Studi sulla superficie in epoca giustinianea*, Milano, 1979, p. 109: "La semplice constatazione della non attendibilità della tesi del Biondi nonché di quella del Solazzi, relative al riconoscimento della proprietà separata dell'edificio e del suolo, non ha però di per sé fornito elementi positivi per una ricostruzione della natura giuridica della *superficies* in epoca giustinianea. Per tentare di penetrare più a fondo nel problema si è resa, quindi, necessaria un'indagine sulle fonti postclassiche che ha posto in evidenza un affievolirsi dell'assoluta rigidità del principio *superficies solo cedit*, nonché un progressivo avvicinamento di enfiteusi e *superficies* nell'ambito di un sistema dei diritti reali nel quale non era più dato cogliere una distinzione assai netta tra proprietà e diritti reali a carattere dominicale"; G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu*, *Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, pp. 11-13; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 18-20.

[26] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 24.

non osti un altro principio di diritto a cui la legge dia la prevalenza nei singoli casi"[27]. A maggior ragione la nozione di matrice romana di diritto di superficie, concepita come eccezione, deroga e temperamento delle implicazioni più estreme del *dominium* – quando socialmente indesiderabili – tendeva ad affievolirsi nei secoli successivi e fino alla stagione della riscoperta del diritto romano, in favore di diverse forme di scomposizione della titolarità del suolo e del soprassuolo recepite nella molteplicità dei diritti consuetudinari sulla base delle concezioni dei conquistatori e del mutato quadro economico[28]. Il principio lavoristico si addiceva in effetti alle condizioni stentate dell'economia dei primi secoli del Medioevo, caratterizzate da una produzione agricola di sussistenza, dalla rovina delle città e da un generale decremento demografico. In particolare, il problema dell'abbandono dei fondi, lasciati incolti dai proprietari, rendeva indispensabile che il diritto incentivasse la loro coltivazione anche a discapito della situazione del formale titolare, dando luogo a un complessivo mutamento di paradigma nella disciplina dei beni. Una delle risposte in tal senso consisteva proprio in una maggiore flessibilità e apertura a schemi di separazione orizzontale della proprietà, tali da valorizzare lo sfruttamento del soprassuolo (piantagioni e costruzioni) senza sacrificare del tutto

[27] V. Simoncelli, *Nota a Trib. civ. Lecce, 8 giugno 1899*, in *Il foro it.*, 1900, I, c. 70.

[28] V. R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in *Coutume, usages et pratiques: disputatio magistrorum et scholarium argentorati*, Parigi, 2015, p. 31: "Or, les coutumes médiévales françaises méconnaissent largement la règle superficies solo cedit, soit parce que les constructions y sont qualifiées de meubles et échappent ainsi au régime juridique foncier, soit parce que la propriété des édifices est expressément distinguée de celle du sol. La dissociation juridique du sol et de la construction caractérise le régime des immeubles dans la France médiévale et rend par conséquent inutile le recours aux règles spécifiques de la superficie. Et si la règle de l'accession est parfois admise de façon relative, la pratique ne fait usage ni des règles, ni de la terminologie propre à la superficie romaine quand sont conclues des conventions opérant une distinction entre le régime juridique de la construction et celui du sol"; A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1915, p. 481: "Le conseguenze di questo mutamento si fanno sentire specialmente nella accessione. Il principio romano, per il quale l'inaedificatio spetta al proprietario del suolo, non poteva trovar posto nel sistema del diritto barbarico, né doveva resistere nella tradizione, quando fosse venuta meno l'idea fondamentale da cui quel principio logicamente discendeva".

gli interessi del titolare del suolo. In epoca medievale, una molteplicità di convenzioni, variamente denominate, spesso poi recepite nei diritti consuetudinari locali, realizzava dunque assetti in cui la titolarità giuridica del suolo era separata da quella dello sfruttamento di elementi sovrastanti[29], quest'ultima attribuita a titolo di proprietà a innumerevoli soggetti diversi[30]. In generale, si assiste a un mutamento profondo delle regole in tema di appartenenza; vi è un passaggio da una visione formalistica e soggettivistica della proprietà, come forma unitaria ed esclusiva di *plena in re potestas* di un unico *dominus* valida *erga omnes*, a una concezione proiettata piuttosto a dare una veste di riconoscibilità giuridica alla variegata effettività delle situazioni possessorie rivolte al godimento di una o più potenzialità concrete della cosa, attraverso un riconoscimento da parte dell'ordinamento, che peraltro rimane relativo, da tutelare, con l'attribuzione delle consistenti prerogative della realità, fino al manifestarsi di un miglior titolo al possesso[31].

Queste utilità presero ad assumere valore autonomo di situazioni soggettive aventi rilievo patrimoniale, suscettibili di coesistere su un medesimo bene (in senso fisico), lungo tre fondamentali coordinate: la limitatezza e determinatezza del loro contenuto (*ius disponendi, utendi* o *fruendi*); la relatività del titolo (diritto o *status* corrispondente); e la determinazione della loro durata (per quanto, solitamente, molto estesa)[32].

[29] Cfr. A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1915, p. 477: "Di fatto, il diritto di superficie tiene, nelle concessioni ecclesiastiche, rispetto ai fondi urbani, la funzione che, per i fondi rustici, è adempiuta dall'enfiteusi e dai livelli. Il parallelismo tra questi istituti, che era già avviato nel diritto romano, si continua ininterrotto per tutto l'alto medio evo".

[30] V. D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, p. 37: "Au cours de la période féodale, le droit de superficie subit des transformations […], perdant plus ou moins ses spécificités romaines (usage en milieu urbain, division de la chose plutôt que du droit). Il semble prendre surtout la forme d'un éclatement de prérogatives, même si des situations articulées autour d'une séparation physique subsistèrent".

[31] L. Moccia, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, pp. 114-116; P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, pp. 66-67.

[32] L. Moccia, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, p. 118.

La penetrazione del diritto dei conquistatori non deve però neppure ritenersi automatica e incontrastata. Gli studiosi discutono su quanto l'evoluzione successiva della nozione del diritto di superficie si ponesse in continuità ovvero in discontinuità con la configurazione cui il diritto romano era pervenuto[33]: la risposta non è scontata, visto l'alto livello di commistione d'istituti di varia origine che le fonti medievali manifestano, con importanti variazioni da luogo a luogo e tra città, dove varianti più prossime all'originale istituto superficiario avevano potuto recuperare un certo ruolo, e campagna, dove i rapporti giuridici erano più apertamente improntati al diritto feudale di matrice germanica[34]. Quel che è importante rimarcare è in ogni caso che anche in tema di accessione, così come in tutta la regolamentazione delle situazioni dominicali, si manifestavano da un lato la preminenza del principio del lavoro, dall'altro, latente ma mai completamente eradicata, anzi nei secoli ciclicamente riemergente[35], la forza dell'idea romana di *dominium*, unitario e asso-

[33] V. le diverse posizioni di A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1915, pp. 493-494: "noi non dobbiamo credere che l'istituto romano potesse rivivere nelle sue antiche forme. Il lungo decorso della pratica medioevale, indotta da forze varie e deviatrici, spingeva ormai anche la superficie verso nuovi concetti e nuovi usi, che la scostavano decisamente dalla linea rigida del diritto romano. È vero che alcuni testi statutari avevano accolto la regola della *inaedificatio* romana; ma, a parte anche gli statuti che questa regola non avevano accettata, ormai l'uso ammetteva convenzioni singolari intorno alle costruzioni sul suolo altrui, le quali rompevano il valore della presunzione assoluta del diritto romano e non corrispondevano al tipo della *superficies*"; P.S. Leicht, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna, 1933, pp. 175-176: "Quanto alla superficie, se ne parla soltanto nei documenti posteriori al movimento bolognese: tuttavia è certo che a questo risorgere dell'istituto romanistico dovette essere spianata la via dalla tendenza che ci si palesa nell'età preirneriana, ad individuare in molti casi l'area e il sedime, facendone qualcosa di separato dal fondo, come abbiamo avuto occasione di vedere in precedenza"; A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927, p. 68: "Certo è che dalla legislazione greco-romana fino al periodo preirneriano si nota non già un risorgere dell'istituto romanistico del *jus superficiei*, come afferma il Leicht, ma una trasformazione dell'istituto stesso, che passa da *jus in re aliena* in diritto di proprietà utile, limitata nel tempo, revocabile, con caratteri assai più estesi di quelli che si riscontrano nel diritto di usufrutto o nella locazione *ad longum tempus*".

[34] A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1915, pp. 479-480, pp. 497-498.

[35] La prima volta per opera della scuola dei glossatori, poi ancora più volte fino

luto, tale da influenzare anche il diritto dei conquistatori, dando vita a un sostrato su cui si fonderà l'idea moderna continentale di proprietà[36]. Con la riscoperta delle fonti romane e una certa ripresa della vita urbana[37], la nozione di superficie trovò infatti nuova luce, ma tornando a svilupparsi in una società ormai mutata e in un contesto giuridico permeato dalla stratificazione di elementi di provenienza variegata: un coacervo che si ritrova variamente ricomposto nelle diverse concezioni contemporanee del diritto di superficie. La superficie rinasceva sotto la forma di proprietà superficiaria[38], ovvero di un particolare tipo di proprietà, separata per piani orizzontali, che i giuristi medievali, in un quadro di sovrapposizione e intreccio – o di volta in volta di sottile distinzione – con istituti come feudo, enfiteusi,

a giungere in eredità alle rivoluzioni borghesi di sette-ottocento per il tramite dei giusnaturalisti.

36 A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1915, pp. 479-480, pp. 488-489; v. anche le osservazioni di P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, p. 65: "Non un edificio piramidale, monolitico, che trova la sua punta sostanziale e formale in quel modello di validità che è il *dominium* (nel quale, in fondo, si risolve), ma un coacervo alluvionale di situazioni emergenti, non filtrate e non modellate attraverso nessun setaccio ufficiale, slabbratamente pluralistico, in cui ciò che conta – più della titolarità proprietaria, che sussiste ma che è sepolta e soffocata – sono i mille esercizi effettivi ormai definitivamente realizzati nella comune coscienza e diventati socialmente ed economicamente i protagonisti dell'esperienza".

37 V. A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1915, pp. 491-492: "col secolo XI la condizione delle cose mutò. La vita urbana riprende a pulsare nella maggior parte degli antichi centri; si dà nuovo impeto alle costruzioni. Ma […] la terra suscettibile di opere costruttive è in gran parte in mano alle chiese. […] Ora è noto che le alienazioni dei beni ecclesiastici erano o proibite o difficili. […] Si riproducevano, sotto diverse forme, le condizioni che già in Roma avevano fatto nascere la superficie, allorché il suolo della città era in gran parte in mano al pubblico, alle corporazioni, ai potenti privati, e allorché l'espansione urbana aveva elevato il prezzo delle terre edificative".

38 Cfr. A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1915, p. 494: "Le conseguenze di queste deviazioni si scorgono in una nuova regola, ormai generalmente riconosciuta, che avversa i principi del diritto romano: è ammessa la proprietà delle costruzioni e delle piante, distinta da quella del suolo su cui si trovano. Il principio romano della *inaedificatio*, penetrato nella dottrina, negli statuti, nella pratica, vale come presunzione normale; ma, mentre il diritto romano avrebbe in ogni caso affermato il diritto del proprietario del suolo, salvo la limitazione di un rapporto di superficie a favore altrui ed entro i confini abbastanza ristretti della *superficies*, il diritto medioevale ammette non soltanto l'eccezione della superficie, ma la possibile esistenza di un diritto di proprietà sulle costruzioni, indipendente dalla proprietà del suolo".

livello, locazioni di lungo periodo[39] e tanti altri esistenti negli usi locali, riconducevano alla teoria, da loro elaborata, del doppio dominio, utile e diretto[40], nel tentativo di adattare l'istituto romano ai regimi feudali delle situazioni di appartenenza, caratterizzati da stratificazione e disomogeneità, rivestendoli del manto e della legittimazione del *Corpus iuris civilis*[41]. In tal modo erano soliti operare gli studiosi dell'epoca, rileggendo e spiegando il diritto del loro presente – fondato su rapporti di concessione personale, con una valenza originaria tanto politica quanto patrimoniale – alla luce di regole e principi che ricercavano nella sfera quanto mai idealizzata del diritto romano. Così,

> [l]e situazioni reali di superficiari, conduttori a lungo termine, feudatari, livellari costituiscono sotto il profilo economico delle vere e proprie forme di proprietà liberamente commerciabili, tanto da assumere nella circolazione un valore di scambio ben maggiore della proprietà formale dei beni[42].

Attraverso la figura del dominio utile, diritti sulla cosa altrui erano idealmente trasformati in forme di proprietà e il superficiario ritenuto proprietario a titolo utile della cosa stessa. Questa sorte, comune in tale fase a molti altri diritti sui beni altrui, ha però finito per marcare l'istituto della superficie anche nelle sue evoluzioni successive, con un'intensità particolare riconducibile al saldarsi concettuale della dissociazione ideale della proprietà in utile e diretta alla dissociazione materiale tra suolo e soprassuolo[43]. Così può spiegarsi storicamente la trasformazione della superficie romana, diritto prima personale e poi reale sul fondo

[39] Sul processo di realizzazione delle locazioni di lungo periodo, v. *ex ceteris* L. Périer, *De la règle « louage passe vente »*, thèse Montpellier, 1900, pp. 43-47.

[40] J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, II ed., Parigi, 2010, pp. 423-428.

[41] V. P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, p. 70: "la realtà incolta e ingombrante costituita dal fatto complesso 'esercizio-godimento' nella sua effettività ed autonomia viene ammantata dei panni solenni e inadatti del dominio".

[42] G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, p. 18; v. anche p. 22: "Si ha […] l'impressione che, con la qualifica di *quasi-dominium*, i giuristi tendano a puntualizzare una sorta di proprietà formalmente imperfetta, che tuttavia, nella genuina coscienza dell'ordinamento, è sostanzialmente una delle proprietà".

[43] F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, pp. 146-147; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 226.

altrui, in una forma di vero e proprio *dominium*. Tutto ciò, naturalmente, non senza contrasti e virate all'indietro, come testimonia già quella tendenza della Scuola culta a ricondurre nuovamente la superficie tra i diritti su cosa altrui piuttosto che considerarla come una forma di proprietà[44].

Da questo quadro pur molto riassuntivo di alcune fasi dello sviluppo della superficie già emerge il suo carattere contrastato e conflittuale, il suo porsi come terreno di confine, d'incontro e di scontro, e come sede di mediazione e di difficile equilibrio, tra opposte tendenze economiche e sociali, culturali ed etiche. È opportuno tener conto delle peculiarità e della tensione di questa genesi per comprendere e spiegare tanto le evoluzioni successive della superficie, quanto il suo presente e finanche le future prospettive, nelle diverse manifestazioni che si presentano nel panorama dei modelli romanistici nei nostri giorni.

b. *L'avvento delle codificazioni: una sopravvivenza difficoltosa*

La configurazione della superficie come una forma di dominio utile – esplicazione di quella teoria del doppio dominio già nel frattempo sostanzialmente sgretolata dal mutare della società e dell'economia e dal riaffiorare nel pensiero giuridico della preminenza della nozione dell'accessione – rese la stessa invisa ai rivoluzionari francesi, desiderosi di liberare la proprietà, prioritariamente concepita come proprietà immobiliare, di ogni privilegio feudale e vincolo di destinazione comunitaria che ne limitasse un pieno sfruttamento economico capitalistico[45]. Alla coesistenza e alla sovrapposizione di una pluralità di diritti corrispondenti alle diverse utilità di una stessa cosa, facenti capo ciascuno a un diverso soggetto o collettività, che caratterizzavano il sistema delle regole di appartenenza di *Ancien Régime*, i rivoluzionari contrapponevano infatti un'idea individualistica e unitaria di

[44] V. I. Birocchi, M.C. Lampis, *Superficie (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1469-1470.

[45] H. Périnet-Marquet, *L'immeuble et le Code civil*, in *1804-2004, le Code civil: un passé, un présent, un avenir*, Parigi, 2004, pp. 395-396.

proprietà, assoluta, esclusiva e perpetua, che si richiamava apertamente al modello romano, in totale contrapposizione con la sua concezione feudale quale in parte si era tramandata sino alla rottura rivoluzionaria. Tale visione era conforme agli interessi della borghesia, desiderosa di affermare anche politicamente il proprio potere, insieme a un nuovo disegno di società a discapito della vecchia aristocrazia e delle vestigia di feudalesimo.

Aggettivata solennemente nella Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 come diritto inviolabile e sacro, nonché ivi annoverata tra i diritti naturali e imprescrittibili dell'Uomo al pari della libertà, con cui si trovava strettamente associata come prerogativa fondamentale dell'individuo, la proprietà (privata) occupa un posto centrale nel *Code civil* francese napoleonico del 1804, evidente già dalla sua originaria tripartizione[46]. L'articolo 544[47] la definisce come "il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso proibito dalle leggi o dai regolamenti": proibizioni che, nell'ottica del legislatore del 1804, dovevano essere il meno incisive possibile, ma che col tempo, col crescere di regolamentazioni poste in via legislativa, amministrativa o giurisprudenziale, nel nome dell'interesse generale o del contemperamento con altri interessi privati, sarebbero diventate sempre più stringenti[48]. A sancire la libertà del titolo dominicale su un bene dalla molteplicità di gravami che prima erano soliti pesarvi sopra, l'articolo 537 afferma inoltre, in termini generali, che i privati hanno la libera disposizione dei beni che appartengono loro, pur sottostando alle modifiche stabilite dalle leggi.

[46] Libro I "Des personnes"; libro II "Des biens et des différentes modifications de la propriété"; libro III "Des différentes manières dont on acquiert la propriété".

[47] Sulla definizione della proprietà nella codificazione napoleonica, cfr. l'approfondimento di S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, 2013, pp. 75 ss.

[48] V. U. Mattei, *Basic Principles of Property Law: a Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Londra, 2000, p. 16: "Lawyers resorted to the second part of Article 544, which allowed limits to property rights which were introduced "by law or by regulation." In so doing, they searched for the content of property rights in the bramble bush of administrative regulations and special statutes that were growing together with the authority and organisation of the modern centralised state".

Anche la disciplina dell'accessione s'ispirava idealmente al modello romano, passando per un'opera di rielaborazione, concettualizzazione e sistematizzazione, in particolare da parte di Pothier[49]. Non deve stupire allora la diffidenza con cui i codificatori guardavano alla nozione del diritto di superficie, che non era neanche menzionato nel testo – così come accadeva anche all'enfiteusi – e la cui sopravvivenza poteva essere contestata sulla base dell'articolo 543, in conformità del quale può aversi sui beni o un diritto di proprietà, o un semplice diritto di godimento o soltanto delle servitù. In rottura con il passato, si manifestava l'intento politico – nel corso del tempo via via contrastato dalla giurisprudenza – di ricondurre il sistema dei diritti reali "ad un nucleo formato di figure tipiche di utilizzazione e godimento"[50], limitando gli interessi giuridicamente rilevanti qualificabili come frazionamenti del diritto di proprietà a poche e ben limitate tipologie[51]. Eppure, nella disciplina dell'accessione, l'articolo 553, stabilendo che si presumono appartenenti al proprietario del fondo e fatte a sue spese tutte le costruzioni, piantagioni e opere effettuatevi sopra, ammette la prova contraria, consentendo quindi implicitamente convenzioni e altre situazioni in senso diverso[52]. Il tema è tuttavia ancora oggetto di ricostruzioni diversificate. Si è per esempio osservato, in un orientamento della storiografia del diritto contemporanea[53], come l'assunzione della

[49] P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951, pp. 101-103; v. anche G. Gorla, *L'accessione nel diritto civile italiano (contributo alla dottrina dei modi d'acquisto della proprietà)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1931, pp. 87 ss.; cfr. R.J. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, in J.J. Bugnet (a cura di), *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. IX, Parigi, 1861, nn. 150 ss., pp. 150 ss.

[50] E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 4, p. 1080.

[51] U. Mattei, *Basic Principles of Property Law: a Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Londra, 2000, p. 14.

[52] Un assetto che J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, pp. 548-549, qualificava come "loin d'être conforme à l'ordre naturel des choses, suivant lequel la superficie doit céder au sol; mais il suffit qu'il n'entraîne rien d'impossible, et qu'il ne soit contraire ni aux lois ni aux bonnes mœurs, pour qu'il doive être exécuté comme toute autre convention portant sur des intérêts ou des choses qui sont à la libre disposition de l'homme".

[53] R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in *Coutume, usages et pratiques: disputatio magistrorum et*

regola dell'accessione in campo immobiliare non fosse invece concepita dai codificatori come significativamente innovativa in rapporto al diritto vigente, limitandosi a riformulare l'articolo 187 della *Coutume de Paris*[54], ma come sulla sua base i giuristi del XIX secolo, nell'intento di rinvenire le radici del *Code civil* nel diritto romano, facessero rinascere la nozione di superficie, in una continuità probabilmente più presunta che reale[55] con le generazioni di studiosi che li avevano preceduti, i quali, in un'ottica di autonomizzazione del diritto nazionale delle *Coutumes* da quello romano avevano invece sempre più diradato – nella terminologia ma anche nell'apparato concettuale – il ricorso alla nozione classica di superficie per spiegare le situazioni di titola-

scholarium argentorati, Parigi, 2015, pp. 33 ss.

[54] Art. 187: "Quiconque a le sol, appelé l'étage du rez-de-chaussée, a le dessus et dessous de son sol, et peut édifier par-dessus et par-dessous, et y faire puits, aisemens et autres choses licites, s'il n'y a titre au contraire", su cui v. P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. III, IV ed., Bruxelles, 1829, p. 37: "La coutume de Paris prouve aussi très clairement que la propriété de la seule superficie n'est pas une servitude, mais une véritable et réelle propriété […]. Donc, s'il y a titre au contraire, on peut être propriétaire du rez-de-chaussée, sans l'être soit du dessus, soit du dessous. Donc celui à qui appartient le rez-de-chaussée seulement, est tout aussi bien propriétaire partiaire, qu'est propriétaire absolu et solidaire celui à qui appartiennent et le dessus et le dessous et le rez-de-chaussée tout ensemble"; cfr. C. Tenella Sillani, *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, p. 180: "Questa norma, che fu riproposta, sia pure variata nella forma ed ampliata nei contenuti, nel Codice napoleonico, creando nuovi e numerosi problemi alla dogmatica moderna, non vuole alludere ad una assoluta ed illimitata proprietà dello spazio aereo e del sottosuolo, ma si riferisce semplicemente ai poteri spettanti al *dominus* in relazione alle costruzioni edilizie ed anzi ripropone, anche se in modo formalmente meno corretto, la regola che sta al fondo del brocardo medievale".

[55] Al contrario, secondo P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 308, l'istituto della superficie aveva mantenuto una considerevole importanza sotto l'*Ancien droit*, al punto da costituire il prototipo per eccellenza del suo sistema di diversi diritti di proprietà simultanei e sovrapposti su una stessa cosa; di questo stesso tenore era anche la percezione degli autori ottocenteschi: v. per es J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 550: "autrefois les contrats de superficie devaient être plus souvent usités qu'ils ne le sont aujourd'hui, puisqu'on trouve fréquemment dans les ventes immobilières des siècles passés, que les vendeurs y ont déclaré aliéner le *fonds* et le *tréfonds*, et qu'il n'aurait point été naturel d'employer ces expressions si le droit de superficie n'avait pas été connu dans l'usage"; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, p. 516.

rità giuridica distinta del suolo e del soprassuolo, con la conseguenza di una generale caduta in desuetudine dell'istituto[56].

Pochi anni dopo la codificazione, già nel 1810, lo stesso legislatore introduceva una nuova e significativa deroga all'affermazione in termini generali contenuta dall'articolo 552 del *Code*, per cui la proprietà del suolo porta seco quella del sopra e del sotto, con la legge del 21 aprile 1810 in tema di miniere, la cui proprietà risultava distinta da quella del fondo sovrastante, immobile a sé stante anche qualora il concessionario fosse il medesimo domino del fondo[57]; tale deroga non si opponeva d'altronde alla formulazione letterale dell'articolo codicistico, che sin dall'emanazione faceva salve le leggi e i regolamenti in tema di miniere[58]. Sempre più sganciata dalla cornice già da tempo scricchiolante e ormai infranta della scomposizione del dominio in utile ed eminente, la stipulazione di contratti che il linguaggio giuridico continuava – o aveva ripreso, secondo l'altra impostazione storiografica citata – a considerare attributivi di un diritto di superficie si manifestava nella prassi, favorita da una giurisprudenza che recepiva simili accordi[59], pur penando non poco a inquadrare concettualmente i diritti in questione, dapprima

[56] P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, p. 11; v. anche la ricostruzione di U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, p. 299: "La nozione e la locuzione superficie, estranee al Code Napoléon (e, quindi, al nostro Codice del 1865), penetrarono nel dizionario giuridico di civil law, grazie all'opera dell'esegeta belga Laurent. Il primo utilizzo esteso di tale istituto risale all'esperienza coloniale franco belga in Africa, laddove era necessario mantenere il principio del dominio eminente in capo allo Stato, per evitare che la retorica proprietaria facesse sentire eccessivamente liberi gli speculatori".

[57] Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 630.

[58] Cfr. S. Gauché, *Le Code civil et la propriété du sous-sol, histoire d'une ambiguïté*, in J.-L. Chabot, Ph. Didier, J. Ferrand (a cura di), *Le Code civil et les Droits de l'homme*, Condé-sur-Noireau, 2005, p. 174: "l'article 552 du Code civil est un texte de transition, qui supporte aussi bien des dispositions favorables au droit des propriétaires à exploiter les mines sises sur leurs fonds, que des textes qui, telle la loi de 1810, les privent de ce droit. A cet égard, l'article 552 n'est pas particulièrement protecteur du droit de propriété".

[59] *Cass. civ., 30 nov. 1853, D., 1854, I, 17; Cass. civ., 7 avr. 1862, S., 1862, I, 459.*

perlopiù come sorta d'indivisione o di comproprietà[60] o qualche volta (forse con maggior rigore rispetto alla lettera del *Code*) come mera servitù[61], riconoscendone poi, via via con maggior convinzione, la natura di diritti di proprietà sovrapposti[62], più consona all'individualismo proprietario della costruzione teorica del 1804. La figura del diritto di superficie acquistava così una sorta di carattere espansivo, recuperando, almeno formalmente, alla legalità dell'ordinamento civile creato con il Codice napoleonico assetti preesistenti[63] e consentendo il perdurare degli stessi, spesso esistenti con varie denominazioni da tempo immemorabile in contesti rurali, a dispetto dell'origine urbana dell'istituto superficiario nel diritto romano. Si è osservato, in una puntuale ricostruzione storica[64], il meccanismo in virtù del quale la recezione da parte della giurisprudenza della figura del diritto di superficie non è stata affatto immediata. Pertanto, fino alla metà del secolo, restia a riconoscere alla nozione codici-

[60] *Cass. req., 26 déc. 1833, S., 1834, I, 720* fa riferimento a un "concours de propriétaires"; *Cass. req., 1 févr. 1834, S., 1834, I, 205*, affaire "Caquelard"; *Cass. req., 22 mars 1836, S., 1836, I, 385*; *Cass. civ., 31 janv. 1838, S., 1838, I, 120*; *Cass. civ., 5 juill. 1848, DP, 1848, I, 137*; *Cass. req., 22 nov. 1841, S., 1842, I, 191*.

[61] *Cass. req., 14 nov. 1853, S., 1854, I, 105*, pur con una formulazione prudente: "si le droit aux secondes herbes peut recevoir, de la convention des parties, une extension qui l'assimile au droit de propriété, il ne constitue, par lui-même, en l'absence de toute convention, qu'une servitude de pacage"; *Cass. req., 1er mai 1888, D., 1888, I, 219*.

[62] *Cass. req., 21 oct. 1813*, riportatata in M. D. Dalloz *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence*, t. XXXVIII, Parigi, 1857, voce *Propriété*, pp. 266-267, nota 2, nonché *Cass. req., 7 mai 1838, S., 1838, I, 719*, che sostengono la proprietà separata del sottosuolo; *Cass. civ., 18 mai 1858, DP, 1858, I, 218*; *Cass. req., 23 déc. 1861, DP, 1862, I, 129*; *Cass. civ., 16 déc. 1873, S., 1874, 1, 457; Cass. civ., 14 nov. 1888, D., 1889, I, 469*; *Cass. req., 27 avr. 1891, DP, 1892, I, 219*, affermando il carattere perpetuo del diritto; *Cass. req., 8 nov. 1911, D., 1912, I, 484. Cass. Req., 5 nov. 1866, DP, 1867, I, 32*, individuava nella situazione del superficiario un diritto di proprietà, in quanto tale non idoneo alla prescrizione dovuta al non uso, ancora regolato dalle leggi romane (peraltro, l'atto precedeva l'emanazione del *Code civil*), ma al tempo stesso riconosceva a profitto del titolare di tale diritto una comproprietà del suolo; in tal senso, v. anche *Cass. req., 26 avr. 1906, S., 1906, I, 456*.

[63] Spesso sotto forma di diritti di superficie "parziali", ovvero vertenti soltanto su alcuni elementi del soprassuolo.

[64] A.-M. Patault, *La propriété non exclusive au XIXe siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1983, pp. 217 ss.

stica di proprietà quell'esclusivismo affermato a gran voce dagli autori e ponendosi piuttosto in continuità con le concezioni dominicali della tradizione, la suprema giurisdizione francese tendeva a ricondurre le situazioni in questione a forme d'indivisione o di comproprietà del fondo tra i diversi proprietari le cui parti corrispondevano alle diverse utilità del bene, ciascuno percependo i relativi prodotti a titolo di (con)domino. Solo in un secondo momento, lasciando spazio a ricostruzioni interpretative fondate sulla derogabilità al principio dell'accessione quale ammessa in particolare dall'articolo 553, il recupero della figura del diritto di superficie ha potuto rispondere alle stesse istanze giuridiche con una minore compromissione – o, meglio, riducendo la compromissione a uno stato sotterraneo, latente dietro le pieghe del sistema – della concezione della proprietà quale desiderata dalle nuove classi dominanti, affermatasi con la Rivoluzione e nel frattempo consolidatasi anche nell'impianto del diritto positivo, a pieno titolo assoluta, esclusiva e perpetua, anche quando esercitata su una mera porzione d'immobile, essa stessa immobile autonomo dissociato dal suolo. L'interpretazione dei giudici, pur emancipandosi dal doppio dominio, paradossalmente tramandava nella modernità proprio uno dei caratteri che avevano contraddistinto l'assetto medievale della scomposizione dei titoli di appartenenza sul suolo e sul soprassuolo, differenziandosi nettamente dalla natura del diritto romano di superficie come diritto reale sul fondo altrui e non vero e proprio *dominium* sul soprassuolo[65].

[65] Per A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1915, pp. 496-497, la modificazione culturale intervenuta fu tale che "l'antico istituto non riuscì a riprendere l'antica struttura, nemmeno dopo che il codice civile francese, abbattendo la distinzione tra dominio diretto e dominio utile, eco teorica di pratiche medioevali, restituì al diritto di proprietà la sua organica accessione. Il diritto di accessione non era una qualità necessaria della proprietà del suolo; esso era una presunzione, che ammetteva la prova contraria o la rinuncia del proprietario; e il diritto di superficie si risolveva in una proprietà limitata del soprassuolo, indipendentemente dal sottosuolo, eliminando l'obbligo di ricorrere, in questi casi, alle linee complicate di uno speciale istituto giuridico. La salda difesa del diritto di proprietà, garantita dallo Stato, e il sistema unitario dell'azione processuale moderna consentivano senza danno questa semplificazione".

Una simile lettura finiva per prevalere anche nella dottrina[66], senza però che nel corso del secolo fossero mancate opinioni differenti: voci autorevoli avevano negato radicalmente la natura dominicale del diritto del superficiario, ritenendo lo stesso un semplice "smembramento" della proprietà, diritto reale di godimento sul fondo altrui[67], oppure, diversamente, insieme alla proprietà della costruzione avevano prospettato un'associazione del superficiario al diritto di proprietà sul suolo, volta a consentire la concepibilità del diritto sulla costruzione[68]. Vicino a quest'ultima posizione, ma con più espliciti rinvii alla teoria del doppio dominio, Troplong, trattando dell'istituto superficiario nella sua dimensione convenzionale, aveva esplicato il meccanismo di tale contratto come una separazione della *superficies*

[66] P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. III, IV ed., Bruxelles, 1829, p. 37; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi, 1870, p. 371: "La superficie est donc un vrai droit de propriété, c'est-à-dire un bien corporal et physique, immeuble par sa nature […] ; un bien très certainement susceptible d'être aliéné, hypothéqué, grevé d'usufruit ou de servitude, saisi immobilièrement, de donner lieu aux actions possessoires et d'être acquis par prescription ; un bien soumis, par conséquent aussi, au droit de mutation immobilière"; Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, pp. 623-624: "Le droit de superficie est un droit de propriété portant sur les constructions, arbres, ou plantes, adhérant à la surface d'un fonds (*édifices et superficies*), dont le dessous (*tréfonds*) appartient à un autre propriétaire. […] Le droit de superficie constitue une véritable propriété corporelle, immobilière"; gli Autori precisavano anche la differenza tra superficie integrale, su tutto il soprassuolo, e parziale, circoscritta ad alcuni elementi sovrastanti, nonché la diversità rispetto a una situazione d'indivisione, tale da precludere agli interessati la possibilità di chiedere una divisione dell'immobile e sottolineavano il carattere naturalmente perpetuo del diritto, fatte salve diverse indicazioni risultanti dal titolo, e inidoneo a prescriversi attraverso il non uso.

[67] F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 490 ss., sul cui ragionamento non si dimentichi però l'influenza della legge belga; egli peraltro criticava la dottrina di Proudhon evocata nella prossima nota in quanto impropria riproposizione della teoria di *Ancien droit* che faceva del diritto di superficie un mezzo di scomposizione della proprietà del fondo in dominio utile ed eminente. Per una posizione simile, nel quadro di un'identificazione sostanziale di superficie ed enfiteusi, entrambe latamente ricondotte a una sorta di usufrutto con caratteri particolari, cfr. A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, II ed., Parigi, 1828, pp. 70 ss.

[68] J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 549.

dal fondo, volta ad alienare la stessa attraverso vendita, scambio, donazione o a darla in locazione per molti anni (in quest'ultimo caso, in cambio di un *solarium*): smembramento della proprietà tale da assicurare al superficiario la libera disposizione del soprassuolo, investito del suo pieno possesso, e da attribuire allo stesso un diritto "nella proprietà stessa" dell'immobile[69]. Nell'insieme, lo spettro di posizioni anticipava curiosamente, come si vedrà, il dibattito contemporaneo francese sulla natura del diritto di superficie, in presenza di un suo utilizzo pratico che ha conosciuto sviluppi recenti inimmaginabili all'epoca. Nel silenzio del *Code*, gli autori costruivano un impianto teorico nei suoi interstizi e non detti[70], anche ritenendo di rinvenire direttamente nel diritto romano la disciplina applicabile all'istituto[71]: così, pure con l'avvento della modernità, tale figura, incorporati in sé elementi tanto romani e tardo-romani quanto feudali, finiva per sopravvivere alla minaccia di estinzione.

Similmente il Codice civile italiano del 1865, modellato sull'omologo francese come i codici italiani preunitari, non offriva una disciplina esplicita della superficie, la cui esistenza poteva desumersi, al pari della disciplina d'oltralpe, dall'articolo 448:

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

Sotto la vigenza di tale disciplina, la dottrina solo faticosamente e col tempo si orientava per l'affermazione di un sopravvivere dell'istituto superficiario, autonomo da figure come servitù e usufrutto[72], in un contesto normativo e, più in generale, poli-

[69] R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859, pp. 102-105.

[70] V. C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi, 1870, pp. 370-371.

[71] Cfr. F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 493-494.

[72] V. per es. A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927, pp. 110-111.

tico-culturale che poneva al centro il diritto di proprietà e che guardava con sfavore ai pesi imposti su di esso[73]. Attraverso questa elaborazione si forgiarono categorie che avrebbero poi innervato la disciplina del successivo Codice del 1942, fungendo da colonne portanti per i dibattiti delle nuove generazioni di studiosi, fino ai nostri giorni. Riconoscendo l'insopprimibile presenza e utilità della superficie nella realtà economica, la scelta del legislatore del 1942 fu, in ogni caso, quella di recepirla, dandovi un fondamento positivo certo, ma al tempo stesso, come si vedrà, incanalando l'istituto in argini più definiti che ne avrebbero ostacolato l'espansione creativa a cui si assiste nell'ordinamento francese contemporaneo.

In definitiva, tanto in Francia quanto in Italia, appare come la dissociazione giuridica degli immobili sia rimasta a lungo un paradigma di applicazione piuttosto diffusa, probabilmente sottovalutata dai giuristi coevi, abbagliati dalla forza espansiva delle proclamazioni dell'assolutismo proprietario borghese: un paradigma rimasto latente negli assetti proprietari anche in città, dove la vita giuridica aveva proseguito a evolvere con una certa recondita continuità con il passato, pur nel mutare e nel rimischiarsi delle categorie giuridiche[74]. A simili ambiguità tanto più si assisteva nelle campagne:

> Dans la première moitié du XIXe siècle, deux droits de propriété ont ainsi coexisté. L'un officiel, celui du Code civil et de la doctrine, un droit individualiste, aux contours très vite précisés par les auteurs. L'autre, au fond des campagnes, qui prolonge les vieilles formes coutumières de la propriété solidaire, en marge du Code civil et de l'exclusivisme, survivance hors doctrine, qu'on aperçoit seulement à l'occasion des procès, et que la Cour de Cassation organise en institution juridique cohérente […]; dans la

[73] Cfr. A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 41 ss.

[74] Cfr. J. Chiffoleau, *Conclusion*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 319-320: "la propriété que nous étudions entre le XIIe et le XXe siècle, et singulièrement la propriété des immeubles urbains, est presque toujours une propriété divisée – que cette dissociation se fasse entre le sol et l'immeuble ou qu'elle atteigne certaines parties de l'immeuble lui-même, qu'elle joue sur les vieilles distinctions de l'*usus*, du *fructus* ou de l'*abusus* ou qu'elle finisse par donner des droits réels aux signataires d'un contrat créateur d'obligations (et perturbe ainsi les catégories des juristes)".

deuxième moitié du XIXe siècle, une technique de simultanéité, très individualiste, est appliquée par les tribunaux, enfin la contrainte des techniques modernes de l'immeuble bâti impose le retour à la vieille simultaneité coutumière[75].

Questi assetti proprietari dissociati sommersi, più o meno rapidamente ricondotti alla categoria omnicomprensiva del diritto di superficie, hanno dato luogo alle fondamenta degli sviluppi più recenti – in Francia più numerosi che in Italia – che tale diritto ha conosciuto, rientrando negli ultimi decenni sulla scena degli istituti civilistici maggiormente dinamici e oggetto d'interesse.

4. *Modelli di proprietà nella comparazione* civil law-common law

Come si è già anticipato, i punti di riferimento principali della presente trattazione sono i due ordinamenti di *civil law* italiano e francese, di cui si vogliono far emergere gli elementi distintivi in tema di dissociazione dell'appartenenza del suolo da quella del sottosuolo e del soprassuolo, mettendo gli stessi in relazione con le tendenze evolutive della proprietà, quali si manifestano nei due modelli. Per meglio comprendere queste tendenze e per inquadrare nelle stesse i fenomeni giuridici che si ricollegano al diritto di superficie, in una fase storica globalizzata di diffuse ibridazioni giuridiche, risulterà tuttavia indispensabile introdurre in più parti del lavoro elementi di analisi dell'altra grande famiglia giuridica occidentale: quella di *common law*. Le differenze in tema di concezioni dell'appartenenza fra tradizione romanistica, che, almeno a uno sguardo d'insieme, ispira gli ordinamenti francese e italiano, e tradizione germanistica, alla base di quelli di *common law*, sono in linea di principio spiccate, sicché sul continente può dirsi che la proprietà corrisponde essenzialmente alla "signoria su una cosa corporale", mentre oltre la Manica a "una titolarità su diritti di natura

[75] A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, p. 243.

economica"[76]. Nella coscienza dell'enormità della materia della proprietà nel mondo angloamericano – oggetto dell'impegno della vita intera di autorevoli comparatisti, oltre che di un'infinità di studiosi interni al sistema stesso – s'introduce qui, in estrema sintesi, qualche cenno esplicativo, ai soli fini di rendere più agevole la comprensione di concetti e meccanismi che ricorreranno con l'avanzare del discorso e, intanto, differenziandola dall'altro ceppo, di afferrare le peculiarità della proprietà di *civil law* nella tradizione giuridica occidentale.

a. *Continuità e discontinuità nell'evoluzione dei regimi di appartenenza*

Si è fatta nelle pagine precedenti una disamina storica dell'evoluzione del modello di proprietà in Francia attraverso la Rivoluzione del 1789 e la successiva codificazione, incentrando il discorso sul mutare del ruolo del diritto di superficie a fronte degli eventi storici e sull'adattabilità che esso ha mostrato nel rispondere a tali eventi, garantendosi uno spazio di sopravvivenza e poi di ri-espansione. Stante la centralità della Rivoluzione francese anche per una piena comprensione del percorso storico della superficie, spartiacque fondamentale tra un prima e un dopo nel suo sviluppo, se si volge lo sguardo all'ordinamento d'oltremanica, capostipite, potremmo dire, della tradizione di *common law*, una prima, importante, differenza, si osserva proprio nella sostanziale continuità di tale sistema giuridico nel corso del tempo. Beninteso, non che la storia inglese non abbia conosciuto le sue turbolenze; eppure, in essa non si riscontra una rottura generale[77], estesa e definitiva, com'è stata in Francia la Rivoluzione del 1789[78], irraggiandosi, nelle sue conseguenze

[76] A. Gambaro, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – propriété – Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 2002, p. 93.

[77] Cfr. L. Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005, pp. 145-147; M. Graziadei, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, p. 84.

[78] Per una rassegna del travagliato percorso storico all'insegna della discontinuità

di lungo periodo, a tutto il continente e determinando una presa di distanze, nella storia (anche) del diritto, da quanto succedeva in Inghilterra. Il passaggio del testimone nella guida dell'ordine sociale alle più dinamiche classi sociali emergenti è allora avvenuto oltre la Manica in maniera da un lato piuttosto precoce, dall'altro lato maggiormente graduale e concertata che nel continente, attraverso un'evoluzione che non è passata, nella maggior parte dei casi, per l'idea di un rigetto in blocco delle vecchie istituzioni nel nome di un nuovo ordine, bensì in un pragmatico adattamento delle stesse ai nuovi rapporti di forza e alle nuove ideologie egemoni, sia pure non senza fasi conflittuali, dal Medioevo ai giorni nostri. In queste autonome modalità di sviluppo si riscontra una causa profonda dell'originalità del sistema inglese in Europa, orgogliosamente rivendicata da molti giuristi d'oltremanica.

È comune alla fase feudale tanto inglese quanto continentale la preminenza della complessa idea germanica di *saisine* (o *Gewere* o *investitura* che dir si voglia), a fondamento del sistema di diritto privato quanto pubblico,

> da intendere nel significato generico di concessione-attribuzione e, quindi, di titolarità di un possesso beneficiario, di regola vitalizio ed ereditabile, sul fondo (feudo), effettuata da un signore concedente a favore di un concessionario, sotto l'obbligo di fedeltà, nonché di prestazioni varie, pecuniarie, militari e di soccorso in genere[79],

dei modelli di proprietà sul continente, cfr. P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, in part. pp. 62-63: "in una sequela di esperienze discontinue, vi sono dei ristagni, delle immobilità; il vecchio continua a procedere quasi per inerzia a livello di mentalità – storia immobile, dicevamo – anche se il clima storico non è più in grado di nutrire quei valori giuridici, inappellabilmente condannati a morte. Questo spiega [...] perché il compiutamente 'moderno' della proprietà si concreti soltanto nel tardo secolo decimonono quando ormai l'esperienza giuridica del medioevo sembra da qualche secolo una esistenza trascorsa".

[79] L. Moccia, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, p. 119; cfr. A. Candian, *Propriété*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – propriété – Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 2002, p. 196: "La parola *saisine* letteralmente viene tradotta come il potere legittimo di trarre profitto da una cosa, il che non allude a una proprietà in senso romanistico, ma ad un semplice possesso detenzione materiale o, ancora, al concetto di *usus* o *fructus* e non mai alla somma di entrambi com'è invece per la proprietà romana"; v. anche, diffusamente, A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, pp. 20 ss.

idonea al frazionamento delle utilità di una cosa tra il concedente e i concessionari, e poi via via ancora tra questi e i loro ulteriori concessionari. La nozione di *saisine* è al centro di tutto il sistema medievale delle situazioni di appartenenza, veicolo indispensabile per affermare o trasmettere qualsivoglia diritto sulla terra, però forma d'investitura non vertente sulla terra in sé, bensì sul possesso per una durata variabile di una o più utilità produttive della cosa: un rapporto moltiplicabile tante volte quante sono le utilità del fondo, senza pretese di esclusivismo. La *saisine* risulta pertanto un'esteriorizzazione dell'apparenza solenne e necessaria per dare al possesso un abito giuridico[80] (consolidato dal decorrere del termine di un anno e un giorno entro cui terzi possono far valere diritti anteriori sulla cosa), situazione giuridica che non si confonde più con la materia su cui porta, ma che non rappresenta che il suo sfruttamento[81]. Se nel continente si è poi manifestata la ripresa della concezione del *dominium*[82] – sistematizzato e concettualizzato dall'opera dei romanisti, esaltato dai giusnaturalisti e sancito come archetipo fondamentale dalla Rivoluzione del 1789 e dal successivo *Code civil*, pur in una permanenza latente di elementi germanistici come correttivi e valvole di sfogo del sistema – nel diritto inglese, matrice della tradizione di *common law*, questa concezione non è più riuscita a travolgere lo schema germanistico delle situazioni di appartenenza e quest'ultimo, in un'evoluzione e in un adattamento graduali, ha potuto plasmare all'insegna della continuità le forme e i connotati generali del regime contemporaneo della *property*. Lo schema con cui si realizzò la trasformazione post-rivoluzionaria del diritto dallo *status* al contratto nelle modalità con cui si produsse nel continente

[80] A. Candian, *Propriété*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – propriété – Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 2002, pp. 196-199.

[81] A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, p. 19.

[82] Già nella fase feudale, il modello di frammentazione della proprietà inglese non era chiamato a passare per il filtro interpretativo della teoria del doppio dominio dei romanisti, sicché (Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montreal, 2017, p. 25) "[a]lors qu'au nord de la Manche on considère le tenancier et le seigneur comme deux propriétaires complets de deux choses différentes, le droit continental tend plutôt à admettre que la propriété de la terre est divise entre le seigneur et le tenancier".

non può pertanto essere semplicemente trasposto nel mondo di *common law*, di cui occorre invece riconoscere le peculiarità di una transizione non all'insegna della rottura.

È così che il diritto inglese contemporaneo mantiene le strutture fondamentali e la terminologia che ha ereditato dalla fase feudale della propria formazione[83]; e le influenze romane, comunque da non sottovalutare quali elementi via via confluiti nel corso del tempo nel quadro composito dell'ordinamento d'oltremanica – talora pure con il favore di alcune fazioni nello scontro politico, che auspicavano nel diritto romano il veicolo di un assolutismo, ostacolato dalla contrapposta nozione di un'extrastatualità del diritto, quale formatosi dagli usi dei padri e dichiarato e amministrato dalla cerchia giudiziaria, com'è tradizionalmente concepito nella *common law* – non ne sono mai diventate l'elemento preponderante, improntando anche profondamente alcuni ambiti del diritto, ma non imponendo affatto, nel complesso, la mentalità giuridica sistematica e il ragionare per concetti generali e astratti che i romanisti hanno creduto di ereditare dal diritto romano. Nel sistema inglese, d'altronde, la *forma mentis* pragmatica e rimediale di un diritto la cui evoluzione era primariamente opera della giurisprudenza non ha incontrato imbarazzo nell'opera di adattamento di categorie arcane alla realtà fluida di una società via via in trasformazione. Così è stato, ancor più che altrove, in materia di proprietà e le riforme e opere di riordino che pure il legislatore ha messo in atto[84], anche nella loro importanza nel disciplinare il regime, non hanno assunto il sopravvento nella fisionomia del sistema, per comprendere il quale occorre guardare più lungi. Altri ordinamenti dello stesso ceppo hanno variamente introdotto più decise riforme

[83] G. Gorla, *Interessi e problemi della comparazione con la «common law»*, in G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 59; S. Van Erp, *Comparative Property Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, T*he Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, New York, 2006, p. 1057; G. Pugliese, *Dominium ex iure quiritium – proprietà – property*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, v. II, Padova, 1982, pp. 1225-1244.

[84] La più importante, in Inghilterra, con i *Property Acts* del 1925.

ovvero lasciato ancor più libero il diritto di evolversi sotto il controllo dei giudici, nella forma di *case law*, senza però venir meno alle linee fondamentali della proprietà di *common law*. Negli Stati Uniti d'America, il rilievo costituzionale della proprietà arricchisce il quadro, aggiungendovi l'influsso della suprema fonte del diritto nazionale. In definitiva, una serie di caratteristiche strutturali del modello di proprietà inglese quali storicamente determinatesi – come la tendenza alla dematerializzazione dell'oggetto del diritto, la capacità di raccogliere insieme e dare una veste giuridica a forme variegate di sfruttamento delle cose da parte dell'uomo, e, in generale, la facile plasmabilità – scevre della pretesa di completezza e autosufficienza dei sistemi codificati, si sono mostrate sorprendentemente utili a recepire la contemporaneità in rapidissimo mutamento degli assetti dei rapporti sociali di proprietà, senza timore della competizione con gli ordinamenti continentali, le cui strutture codificate, più moderne, ma più rigide, possono talvolta aver palesato qualche affanno nel trovare spazio per un cambiamento continuo. Non deve stupire allora che gli strumenti che hanno consentito nel corso del tempo l'elasticizzazione dei sistemi continentali, tra cui in materia di proprietà il diritto di superficie occupa in Francia un posto di primo piano, possano mostrare, come emergerà, spiccate parentele proprio con alcune strutture che normalmente si associano al sistema di *common law*. Non deve stupire neanche che tali strumenti possano rivelarsi un ponte di scambio e di dialogo tra le due grandi famiglie giuridiche occidentali, un punto di contatto attraverso il quale istituti e concezioni possono proficuamente passare da un versante all'altro. Infine, non deve stupire che essi possano tuttora suscitare sospetti e diffidenze, in quanto portatori di una carica profondamente eversiva – o, meglio, rivoluzionaria? – del sistema: secondo il punto di vista, potenzialmente, un salto nel vuoto, ma anche una speranza di rigenerazione.

b. *Un diverso quadro terminologico e concettuale*

Da questa evoluzione all'insegna della continuità, rispetto a cui il diritto continentale ha intrapreso una diversa strada nel 1789, deriva un sistema che testimonia differenze profonde con quelli familiari ai giuristi italiani e francesi, a partire da un diverso quadro concettuale e da una terminologia spesso non coincidente. La stessa nostra nozione di proprietà non può tradursi compiutamente con il termine di "property" e nemmeno con quello di "ownership" e la *law of property* ha una sfera di estensione che supera di molto quella del nostro sistema dei diritti reali, comprendendo rapporti che siamo soliti ascrivere all'ambito delle obbligazioni e dei contratti, che nel diritto inglese si è invece sviluppato in un momento successivo, trovando molti interessi giuridicamente rilevanti già inquadrati e regolati altrove[85]. Tale è il caso del *trust*, che ebbe origine nella sfera dell'*equity*: quest'ultima é un'altra peculiarità dell'ordinamento inglese e di quelli derivati dal suo ceppo, sviluppatasi anticamente come complementare alla *common law stricto sensu* in una fase d'irrigidimento delle sue formule processuali, il cui stretto formalismo lasciava scoperta la tutela di molti interessi socialmente rilevanti. L'*equity* prese allora a evolversi parallelamente, con metodi e rimedi propri (per esempio, *injunctions* e *specific performances*; i rimedi conservano tracce dell'originaria discrezionalità della loro concessione in sede di giudizio) e specifiche regole in tema di opponibilità a terzi[86]. Tra gli istituti

[85] U. Mattei, *Basic Principles of Property Law: a Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Londra, 2000, p. 8; cfr. M. Graziadei, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, p. 91: " 'property' as understood by some common lawyers corresponds to the French notion of *bien*, that is, any asset, tangible or intangible, capable of being included in a person's patrimony – namely all that can be appropriated because it has economic value".

[86] V. R. Megarry, W. Wade, *The Law of Real Property*, VI ed. a cura di C. Harpum, con M. Grant e S. Bridge, Londra, 2000, n. 4-061, p. 119: "Most legal rights are not registrable; these continue to be good against the whole world. […] Some equitable rights are not registrable; these continue to be good against the whole world except a bona fide purchaser, for value of a legal estate without notice or someone claiming through such a person. […] A few legal rights and many equitable rights are registrable. If these are not registered, they will be void for non-registration

sviluppatisi nell'alveo della giurisdizione di *equity*, il più significativo per la sfera della *property* è appunto il *trust*, variamente costituito (negozio, legge o decisione giudiziale) e variamente finalizzato, che si caratterizza per la scissione e il sussistere simultaneo delle situazioni di titolarità sugli stessi beni *at law* (la situazione del fiduciario, proprietario formale dotato dei poteri di amministrazione) e *in equity* (la situazione del beneficiario, titolare sostanziale, dotato dei diritti di godimento): un istituto che si è formato e consolidato nel tempo, dotandosi di strumenti di tutela e di recupero, anche verso terzi, via via più incisivi (in particolare, attraverso il *tracing*), con connotati propri della sfera della realità[87]. Il *trust* nella dottrina comparatistica è stato qualificato come uno "smembramento pianificato della proprietà"[88] tra un *legal owner*, titolare dei poteri di gestione e amministrazione del bene che non entra nel suo personale patrimonio, e un *equitable owner*, beneficiario della gestione, nel cui interesse una serie di efficaci rimedi sono predisposti. Molteplici sono gli utilizzi attuali di questo istituto, in ambiti che spaziano dalla famiglia, alle successioni, alla gestione di patrimoni d'impresa, agli investimenti finanziari, alla beneficenza, a varie attività che realizzano interessi di natura collettiva e generale.

Così, se elemento preminente dell'archetipo della proprietà francese (e di riflesso italiana) è

> la moderna cultura dell'appartenenza d'impronta giusnaturalista, da un lato, la quale ravvisa nello schema della 'proprietà' – come rapporto di appropriazione totale ed esclusiva – il paradigma (dalle antiche radici romane) della unicità (indivisibilità) e assolutezza del dominio su una cosa in senso materiale,

nella *common law* troviamo, dall'altro lato,

against certain purchasers, irrespective of any question of notice. If they are registered, they bind every purchaser, again irrespective of notice".

[87] L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in G. Alpa *et alii*, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 124 ss.

[88] U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, p. 257; v. anche pp. 261-262: "il trust, come smembramento della proprietà e delle sue prerogative, non deriva tanto da un doppio circuito di corti, quanto da un diverso abito mentale del giurista di *common law*, che da sempre vede la proprietà, non già come allocazione di un determinato bene ad un soggetto, quanto come allocazione delle diverse utilità, che da un bene derivano ad uno o più soggetti".

la cultura d'impronta feudale che, protrattasi ben oltre l'epoca medievale, si presenta contraddistinta da un'idea di appartenenza in cui il connotato della esclusività si stempera in ragione del moltiplicarsi di singoli rapporti di utilizzazione, graduati nel tempo, di una medesima *res* da parte di più soggetti; con il conseguente sbiadire della distinzione tra proprietà (*dominium*) e altri diritti reali (*iura in re aliena*), che porta a relativizzare, fino a una soglia d'indifferenza dal punto di vista della costruzione del sistema dei diritti sulle cose, la situazione (unitaria) di appartenenza esclusiva in capo a un unico titolare (*dominus*), rispetto alla molteplicità di situazioni soggettive, frazionate nel tempo, di effettivo godimento delle utilità della cosa e connessa titolarità dei diritti corrispondenti, tutti ugualmente di natura 'proprietaria'[89].

Tale possibilità di coesistenza di diversi diritti su una stessa cosa, tutti partecipi delle prerogative proprietarie, nessuno che possa dirsi assoluto ed esclusivo, si fonda su una nozione essenzialmente patrimonialistica della *property*, su una mentalità giuridica per cui piuttosto che la cosa y essere proprietà di x, x (e non necessariamente solo x) ha un diritto di proprietà sulla cosa y[90]. In tale ottica, può affermarsi che

> [l]and itself cannot be owned. A person can acquire only an interest in the land which confers upon him or her certain rights and obligations in relation to that land for a particular period of time. Such an interest is known in English land law as an *estate in land*[91].

> Property is not a thing but a power relationship, relative, defeasible, with gradations, and susceptible of multiple claims[92].

[89] L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in G. Alpa *et alii*, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, p. 47; v. anche G. Pugliese, *Property*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, n. 1.1.1, p. 2: "In sostanza *property* non ha il senso giuridico, in cui in Italia e nei sistemi civilistici è inteso il termine «proprietà», bensì un senso molto più ampio e sfumato. Esso può riferirsi, al limite, al dominio esclusivo di un soggetto su una cosa, ma per lo più indica diritti meno intensi e non tali da escludere di necessità altri dalla cosa".

[90] W. Swadling, P*roperty: General Principles*, in P. Birks (a cura di), *English Private Law*, vol. I: *Sources of Law, Law of Persons, Law of Property*, Oxford, 2000, n. 4.02, p. 204.

[91] S. Garner, A. Frith, *A Practical Approach to Landlord and Tenant*, III ed., Oxford, 2002, p. 4.

[92] P. Sparkes, *A New Land Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2003, p. 55.

La principale classificazione che caratterizza l'ordine[93] è quella in *real property* e *personal property*, la cui origine, come un po' tutta l'ossatura del sistema delle regole di appartenenza di *common law*, si rinviene nelle categorie processualistiche dell'epoca di formazione dell'ordinamento. Elemento dirimente risultava allora se fosse possibile attraverso l'azione l'effettivo recupero della cosa, quale era il caso delle situazioni giuridiche su fondi i cui diritti al possesso erano oggetto di concessioni feudali, ovvero solo il conseguimento del ristoro attraverso una somma di denaro[94] (prima che il ristoro in forma specifica potesse essere ottenuto per la via della giurisdizione di *equity*), quale era il caso di un amplissimo novero di beni individuabili residualmente rispetto alla *real property*. Tra essi, nella sottocategoria delle *things in action* – contrapposta a quella, corporale, delle *things in possession* – trovavano facilmente posto situazioni giuridiche attive di varia natura svincolate da una realtà materiale e tangibile, ma che nella concezione fortemente patrimonialistica della proprietà di *common law* erano accolte come oggetto di una situazione proprietaria[95]. Beni incorporali, ovvero diritti non idonei al conferimento al loro titolare di un possesso sul fondo, erano d'altronde copiosamente inclusi anche nell'ambito dei rapporti di concessione feudale della *real*

[93] In ogni caso, non esclusiva ai nostri giorni di classificazioni più prossime o ricalcate su quelle continentali, come la distinzione tra diritti su beni immobili e mobili, o tra quelli che operano *in rem* e *in personam*.

[94] G. Pugliese, *Property*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, n. 1.2, p. 2.

[95] L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in G. Alpa *et alii*, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 56-59, peraltro (pp. 57-58) problematizzando i limiti della derivata tendenza, più recentemente sviluppatasi, a includere, sotto il marchio della *new property*, "diritti di assistenza sociale (*social benefits*, *welfare rights*) connessi a status personali derivanti da provvedimenti di pubbliche amministrazioni", in quanto "resta invece tutto da vedere, al di là del *calembour*: se la carica innovativa della formula possa essere sviluppata in una direzione univoca e migliorativa del significato del termine, che verrebbe ad essere così finalmente emancipato da un secolare retaggio culturale di «individualismo possessivo», secondo l'espressione di uno dei maggiori ideatori della prospettiva politologica della *new property*, per essere reso quindi aderente a nuove esigenze socio-assistenziali considerate meritevoli di una tutela forte di tipo – appunto – 'proprietario'; o, al contrario, se tale formula, mantenendosi nel solco profondo di una logica appropriativa, non finisca per assumere invece valore equivoco e dare così ingresso anche a 'nuovi' egoismi, a sfondo sia individuale, sia corporativo"; cfr., diffusamente, C. A. Reich, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, vol. 73, n. 5, pp. 733-787.

property, e fra i *legal interests in land* conservano particolare importanza *rentcharges*, *easements* e *profits à prendre*, distinti dai diritti reali minori di *civil law* in quanto questi ultimi, almeno nella loro concezione tradizionale – che autori francesi come Ginossar non hanno mancato, come si vedrà, di mettere in discussione – non sono essi stessi oggetto di proprietà[96].

Sempre in linea con la genesi feudale (lungo il crinale tra diritto pubblico e privato) di questa branca del diritto, caduti i rapporti di subinfeudazione intermedi, i liberi possessori (*freeholders*) di fondi sono concepiti come *tenants in fee simple*, concessionari teorici – ma solo teorici, avvicinandosi molto nella pratica la situazione di un *freeholder* a quella di un "pieno" proprietario di *civil law* – della Corona o dello Stato, simbolico *ultimate owner* di ogni fondo: in tale ordine d'idee, permane l'idea relazionale e patrimonialistica della situazione proprietaria come avente per oggetto essenzialmente un *estate* (*status*), entità immateriale. Spicca allora la concezione di un diritto al possesso dello stato di *tenant* per un dato periodo di tempo, potenzialmente concorrente con altri sullo stesso fondo, con le più varie possibilità di frammentazione e di frazionamento tra molteplici *estates* delle opportunità di godimento di un suolo[97]. Da quanto anticipato si evidenzia anche – con una spiccata differenza rispetto al continente e alla sua, quanto meno apparente, rottura con la *saisine* medievale – il rapporto della proprietà con il possesso, pragmaticamente tendente alla simbiosi piuttosto che all'opposizione, sicché il possesso è essenzialmente una presunzione di titolarità del diritto (al possesso), costituendone il titolo in un regime complessivo di relatività dei *titles to land*, validi *erga omnes*, tranne verso chi possa far valere un titolo (al possesso) migliore[98]. Dalla non assolutezza del diritto

[96] L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in G. Alpa *et alii*, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 59-63.

[97] Ivi, pp. 67-74; R. Megarry, W. Wade, *The Law of Real Property*, VI ed. a cura di C. Harpum, con M. Grant e S. Bridge, Londra, 2000, pp. 12 ss.

[98] L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in G. Alpa *et alii*, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 78-82; v. in part. pp. 81-82: "tutti i *titles to land* sono in definitiva fondati sul possesso; nel senso che il titolo della persona che attualmente possiede un bene immobile, o che effettivamente esercita un diritto relativo al suo godimento, prevale nei confronti di chiunque altro, tranne che di colui

consegue anche la mancanza nel modello inglese dell'idea d'immunità del proprietario dalla responsabilità civile nell'esercizio del suo diritto, permanendo l'efficacia del generale principio del *neminem laedere*[99]. Un ultimo cenno, che si rivelerà importante nel corso della presente trattazione, deve essere dedicato alla frazionabilità (anche) "quantitativa", ovvero in senso temporale, dei *property rights*[100]. Si può allora anche guardare a un *estate* come a una quantità di tempo concessa su una terra, una porzione temporale del suo godimento, variamente intersecabile con altre porzioni concesse ai soggetti più vari, il cui novero di possibilità d'incastro, sia pure oggi spesso limitato *at law* dall'intervento del legislatore[101], si mantiene aperto grazie alla parallela struttura di *interests in land* riconosciuti in *equity*, con l'attribuzione di prerogative sostanzialmente reali[102].

il quale dimostri di avere un titolo basato su un possesso *anteriore* e, quindi, *poziore*".

[99] A. Gambaro, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – propriété – Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 2002, pp. 93-94; peraltro (p. 95): "non è che il problema del potere proprietario sia rimasto estraneo a quella cultura, solo che esso è frutto di scelte di politica del diritto che non erano rese affatto necessarie e tanto meno erano state preparate dalla impostazione giuridica del discorso proprietario".

[100] V. B. McFarlane, N. Hopkins, S. Nield, *Land Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2009, p. 699: "Successive ownership arises where two or more people are entitled to possession of land in succession to each other, rather than concurrently: for example, where land is held on trust for A for life and thereafter for B. In such a case, A alone is entitled to possession of land in succession to each other, rather than concurrently: for example, where land is held on trust for A for life and thereafter for B. In such a case, A alone is entitled to possession of the land for his or her life […] and, on A's death, B's interest comes into possession. Successive ownership necessarily arises under a trust of the legal estate with A and B's interests arising in equity".

[101] Per l'Inghilterra, si veda la limitazione ad opera del *Law of Property Act* del 1925 ai soli *estate in fee simple absolute in possession* (perpetuo, con prerogative sostanzialmente non meno ampie di un proprietario civilistico) e *term of years absolute* (il diritto del titolare di un *leasehold*, che può avere però durate anche lunghissime: secondo il termine, la funzione di tale concessione può variare tra quella di una nostra locazione e quella di un nostro diritto di superficie o di enfiteusi o del diritto derivante da una concessione mineraria, in questi casi presentandosi assai prossima alla situazione del titolare di un e*state in fee simple absolute in possession*, salvo di regola l'obbligo del canone): G. Pugliese, *Property*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, nn. 2.1, 2.1.1, p. 6, n. 2.3.3, p. 9.

[102] L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in G. Alpa *et alii*, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 103 ss.; è il caso di menzionare, a chiusura del sistema, che "*[r]eversion* e *remainder* sono le immagini speculari degli *estates* e *interests* finora considerati […]: *reversion*, se, estinto un *estate* temporaneo

c. *Il rapporto tra suolo e costruzione nell'esperienza di* common law

Si è gettato uno sguardo all'evoluzione storica del diritto di superficie in Francia e in Italia: nel corso della trattazione si vedrà quanto molte delle ragioni sociali che ne hanno determinato l'esistenza siano attuali e si studierà come tale diritto si presenti negli ordinamenti contemporanei. Sulla base dei cenni che si sono appena fatti sul sistema di *common law*, è evidente come in tale contesto il problema della scomposizione dei diritti di proprietà tra suolo, sottosuolo e soprassuolo si sia posto e si ponga diversamente, non vincolato dalla valenza semi-mitica del principio dell'assolutezza del *dominium*, quale paradigma ispiratore di tutto il sistema dei diritti reali. Senza pertanto dover ricorrere a una nozione così forte della proprietà fondiaria e ai suoi ingombranti corollari, il giurista di *common law*, animato da uno spirito pratico, ammette facilmente un primo risultato non così lontano da quello a cui giungerebbe il collega di *civil law*, ovvero l'acquisizione della proprietà dell'edificio realizzato da un terzo sul suolo altrui, in cui affondano le fondamenta, da parte del titolare del terreno stesso. In parte diversamente si risolve il problema dell'ingiustificato arricchimento del proprietario del terreno nei confronti del costruttore con materiali propri, a cui in *common law* generalmente non sarà data un'azione, se non, ricorrsendone i presupposti, sotto forma della tutela dell'affidamento ingenerato dall'autorizzazione da parte del proprietario, che può essere garantita dalla dottrina del *promissory estoppel* con il rimborso del valore dell'opera[103].

(*for life, in tail, for years*), il possesso e il godimento tornano a chi aveva costituito questo *estate*; *remainder*, se, estinto il medesimo *estate*, esso torna ad altri, indicato nel suo atto costitutivo. In Inghilterra si tratta oggi sempre di *equitable interests*": G. Pugliese, *Property*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, n. 2.3.4, p. 10.

[103] U. Mattei, *Basic Principles of Property Law: a Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Londra, 2000, p. 135; nei modelli italiano e francese, il proprietario del suolo che scelga di (o nei casi in cui sia tenuto a) mantenere la costruzione, acquistandone la proprietà, dovrà comunque versare al costruttore un'indennità, sotto forma della minor somma tra il valore dei materiali e della mano d'opera e l'aumento di valore del fondo (art. 555 *Code civil*, art. 936 Codice civile).

Oggi in Inghilterra è lo stesso legislatore, con lo stile dettagliato che gli è proprio, a stabilire espressamente che

> "[l]and" includes land of any tenure, and mines and minerals, whether or not held apart from the surface, buildings or parts of buildings (whether the division is horizontal, vertical or made in any other way) and any corporal hereditaments[104];

più in generale, la giurisprudenza ritiene che faccia parte del fondo tutto ciò che vi sia fissato o che sia fissato all'edificio, a sua volta attaccato al suolo, sicché impianti che vi risultino annessi non possono essere rimossi dall'alienante di un *freehold estate in the land*, ma passano all'acquirente di questo, salva specifica esclusione nel contratto[105]. I giuristi inglesi in proposito non disdegnano di quando in quando il ricorso a terminologie e a concetti che rimandano al mondo del diritto romano per affermare la preminenza della titolarità del suolo sullo statuto giuridico di soprassuolo e sottosuolo[106], sia pure non senza contrasti e, in ogni caso, con molta flessibilità per quanto riguarda lo spazio aereo oltre quanto effettivamente utile al godimento del fondo[107], sicché l'attrazione nella sfera dell'ap-

[104] *Law of Property Act* del 1925, 205, (1), (ix).

[105] J.-A. MacKenzie, M. Philips, *Textbook on Land Law*, Oxford, 2010, pp. 613-615; cfr. B. McFarlane, N. Hopkins, S. Nield, *Land Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2009, p. 46: "if a party has a property right in land, he also has a right to control of: (i) (within limits) the area above and below the surface of the land; (ii) anything that is part and parcel of the land (such as a house); and (iii) anything that is sufficiently attached to the land (such as a towel rail attached to the central heating system)"; nello stesso volume, v. anche la dettagliata casistica (pp. 38-55); cfr. R. Bernhardt, A.M. Burkhart, *Real Property in a Nutshell*, VI ed., St. Paul, 2010, pp. 451-455; P. Sparkes, *A New Land Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2003, pp. 21 ss.

[106] Cfr. M.P. Thompson, *Modern Land Law*, IV ed., Oxford, 2009, p. 7: "The extent of one's ownership of land is encompassed in the somewhat misleading Latin phrase: *cuis est solum eius est usque ad coelum et ad inferos* […]. In terms of downward ownership, this means that the landowner owns the mines and minerals contained in the land. This is subject to statutory exceptions", pp. 12-13: "It is a general maxim of English Land Law that '*quicquid plantatur solo, solo cedit*', the meaning of which is that whatever is attached to the soil becomes part of it. The application of this maxim leads to an important distinction between what are known as fixtures and fittings. The essence of the distinction between the two is that a fixture is something which, due to the manner and purpose of its attachment to the land, becomes part of the land itself, whereas fittings are chattels which are physically in the property and, in some cases, attached to it, but are not considered to be a part of it".

[107] V. N.P. Gravells, *Land Law*, IV ed., Londra, 2010, p. 4; K. Gray, S.F. Gray,

propriabilità privata, tutelabile con azioni di *trespass* e *nuisance*, non concerne, in concreto, che i più bassi strati d'aria e non le inarrivabili altezze attraversate da aeromobili, satelliti e navi spaziali[108]. Se quindi un assetto proprietario di preminenza del suolo sul soprassuolo e sul sottosuolo si è affermato anche nella *common law*, la sua derogabilità per via convenzionale[109] non incontra le stesse difficoltà sistematiche che nel modello francese, dove, avversata dalla concezione dominicale fatta propria dalla codificazione post-rivoluzionaria, essa ha mantenuto e poi consolidato un posto nell'ordinamento, come eccezione alla regola dell'accessione, soltanto in virtù della sua importante diffusione nella prassi e dell'approccio della giurisprudenza del XIX secolo, permissivo in tema di diritti reali.

Per una serie di ragioni, che si approfondiranno nel corso dell'esposizione, soprattutto nell'ordinamento inglese l'attribuzione di situazioni di appartenenza distinte sulla costruzione o su sue parti avviene nella maggior parte dei casi servendosi dell'estrema malleabilità dell'istituto del *leasehold estate*, idoneo a garantire al beneficiario un *right to possession* per un certo numero (anche molto lungo) di anni. Tale figura si è sviluppata in una peculiare posizione ibrida nel mondo di *commom law*. Il problema della collocazione ambigua, sul crinale tra il versante

Elements of Land Law, V ed., Oxford, 2009, p. 15, a proposito della massima "cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos": "The common lawyer has no intellectual predisposition to propound large abstract declarations of ownership, but relies instead upon substantial reserves of common sense as applied, on a case-specific basis, to the raw facts of human behavior. At most the maxim serves nowadays as a crude approximation of the rights pertaining to owners of land and of the extent of the ownership which is transferred by conveyance".

108 V. K. Gray, *Property in Thin Air*, in *The Cambridge Law Journal*, v. 50, 1991, pp. 252 ss.; P. Sparkes, *A New Land Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2003, pp. 711-712.

109 Cfr. P. Sparkes, *A New Land Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2003, pp. 708 ss.; L. Van Vliet, *Accession of Movables to Land*, in *Modern Studies in Property Law*, vol. I, *Property*, Oxford, Portland (Oregon), 2001, p. 325: "if the seller who sold under a retention of title clause stipulated a right of removal (*ius tollendi*) this right is not thwarted by accession. Despite accession it may be invoked against the buyer/owner of the thing. It may even be invoked against third parties because it is not a purely contractual right. The stipulation in the contract gives the seller an equitable interest which works against third parties provided that it has been entered onto the Land Register".

della realità e quello della personalità, delle locazioni immobiliari in generale e, tanto più, di locazioni immobiliari a lungo termine e\o attributive al conduttore di prerogative di particolare solidità sarà un tema ricorrente, nella presente trattazione, anche con riferimento al mondo di *civil law*, approfondendo in particolare quegli sviluppi del sistema delle regole francesi in tema di beni che hanno dato luogo a figure sincretiche, che assommano e coordinano elementi propri di diversi diritti reali e personali. Tale è il caso del *bail emphytéotique* e dei più recenti istituti da esso derivati, in cui si potranno osservare notevoli analogie con quanto avviene nella *common law*.

Parte prima

Natura giuridica e principi generali del diritto di superficie

Capitolo primo

I fondamenti del diritto di superficie

Sezione I. *Le esigenze economiche e sociali*

L'argomento del presente lavoro è ben lungi dall'essere una disquisizione meramente teorica. Proprio l'inerenza dei problemi alla struttura profonda dei sistemi delle situazioni di appartenenza fa sì che l'adozione di regole diverse possa incidere in misura rilevante sui modelli di società e sugli stili di vita di moltitudini di esseri umani. Gli interessi in gioco sono molteplici, riconducibili a soggetti molto diversi: costruttori, proprietari terrieri, proprietari di costruzioni a scopo di abitarle o di svolgervi attività d'impresa o comunque profittevoli o soggetti interessati all'acquisto di tali proprietà, intermediari immobiliari, conduttori d'immobili a scopo di abitazione o d'impresa, persone in cerca di alloggio, enti pubblici, privati o misti rappresentativi d'interessi di ordine generale, coltivatori, ecc. L'istituto superficiario risponde pertanto a esigenze economiche e sociali radicate, che si manifestano in svariati ordinamenti giuridici (non esclusivamente della tradizione occidentale), dando luogo ad assetti in cui

> le utilità connesse con la disponibilità di un fondo vengono a far capo a due distinti titolari: da un lato quello, al quale è attribuito il godimento del suolo (o del sottosuolo), come spazio utile per costruire; dall'altro lato quello, cui competono tutte le facoltà dominicali, in concreto compatibili con tale attribuzione[1].

[1] G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 3.

Si approfondiranno qui due aspetti essenziali di tali esigenze economiche e sociali. In primo luogo, il ruolo attribuito nelle diverse fasi dello sviluppo di alcuni sistemi giuridici al principio del lavoro, conforme in particolare al paradigma germanistico della tradizione giuridica occidentale, in opposizione a un principio di titolarità formale, quale estrinsecato dal rapporto di presunta preminenza tra cose (e, nello specifico, del suolo rispetto a ciò che vi grava sopra) che è alla base del meccanismo dell'accessione, conforme al paradigma romanistico. In secondo luogo, più o meno agevolmente reso possibile dall'architettura delle regole di appartenenza, il manifestarsi empirico di assetti di dissociazione giuridica dell'immobile, volta a poter trarre dallo stesso utilità economiche diversificate che presuppongono, quando materialmente possibili e praticamente vantaggiose, una scomposizione (anche) spaziale dei titoli di appartenenza sullo stesso.

A. *La dialettica tra il principio dell'accessione e il principio del lavoro*

Per una chiave ricostruttiva d'insieme della funzione economico-sociale del diritto di superficie, nelle diverse manifestazioni che esso ha assunto nel corso del tempo negli ordinamenti presi in considerazione, possono giovare le riflessioni di portata più generale – occasionate da una serie di trattazioni dedicate all'enfiteusi, la cui parentela con il tema in esame ben si manifesta, come si vedrà, nell'ordinamento francese – di un Autore non recente, il Simoncelli, sull'alterno ruolo nel diritto di un "principio del lavoro e della produzione come titolo di acquisto della proprietà"[2]. L'Autore contrappone in maniera decisa tale principio lavoristico a quello dell'accessione, quest'ultimo in quanto titolo di proprietà fondato su un rapporto di formale preminenza tra cose, sorta di proprietà ideale della materia

[2] V. Simoncelli, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 314; v. anche C.A. Funaioli, *Diritto di superficie «ad tempus»: nota a Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 1942, n. 462*, in *Il foro it.*, 1942, I, c. 597.

avversa alla proprietà del lavoro, ridotto a elemento accessorio. In ordinamenti giuridici che fanno propria la regola dell'accessione, il soccombente principio del lavoro non può che manifestarsi e riaffiorare sotto la forma di deroga ed eccezione a esso: tale è il diritto di superficie, premio al lavoro consistente nella "*proprietà del lavoro*, che si asside sulla *proprietà della terra*"[3].

Se il paradigma di appartenenza romano classico attribuiva, con particolare severità per gli immobili, una schiacciante priorità alla regola dell'accessione, stemperando la stessa solo in presenza di una trasformazione della materia (si pensi all'operare della specificazione), il principio del lavoro era già da tempo rientrato vivamente in azione nella fase giustinianea (e si sarebbe consolidato ancora nel diritto bizantino[4]), recepito nella legislazione dei secoli di crisi e decadenza della produzione agricola e di abbandono dei fondi[5], in cui la protezione del lavoro diveniva tanto importante da fare in molti casi del possesso laborioso un titolo di acquisto di situazioni dominicali, anche al disopra del titolo di appartenenza formale sul terreno quando non vi corrispondeva uno sfruttamento produttivo dello stesso.

[3] F. Ferrara, *Diritto di macchiatico e superficie (commento a Cass. civ., sez. II, 5 luglio 1929)*, in *Il foro it*., 1929, I, c. 1048; v. però, di converso, L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 22, nota 3, che "non è forse del tutto esatto concepire la superficie come un mezzo per la protezione del *lavoro umano* […], dato che l'attribuzione della proprietà della *nuova cosa* (la costruzione) non deriva certamente dal fatto di aver impiegato in essa il *proprio lavoro*, ma dal fatto di *aver sopportato, a proprio rischio, l'onere patrimoniale della costruzione*"; v. anche G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 22: "non si ha più applicazione di questo principio nella ipotesi in cui il proprietario dell'edificio e del suolo alieni il primo conservando il secondo (art. 952 capo v.). Pertanto si è portati a concludere che tale principio non basta a giustificare l'istituto, con il quale si vuole permettere che altri che il proprietario del suolo goda della costruzione come proprietario, indipendentemente dal fatto che essa sia frutto della sua attività". A parere di chi scrive, il riconoscimento di una serie variegata di finalità che possono essere soddisfatte negli ordinamenti contemporanei dal diritto di superficie, anche non immediatamente alludenti a un principio giuridico del lavoro, non recidono il legame genetico e strutturale tra tale principio e l'istituto in esame, che impregna la fisionomia complessiva del diritto di superficie e ne costituisce la principale giustificazione ideale.

[4] D'altronde, nelle regioni orientali dell'Impero, l'impronta del principio del lavoro, quando preesistente alla conquista romana, non era scomparsa nelle regole effettivamente applicate nel diritto vivente di tali territori.

[5] V. A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927, p. 63.

Ai barbari conquistatori, inoltre, il principio dell'accessione era culturalmente estraneo:

> tra il diritto del lavoro e quello del proprietario, […] hanno generalmente preferito il primo. E lo dimostra largamente anche per la *inaedificatio*, per la *seminagione* e per la *piantagione*; onde si vede la proprietà della casa e delle piante separata da quella del suolo, ed il diritto al seminato in colui che seminando in buona fede, vi ha subito passato sopra l'erpice[6].

A ciò si aggiunge la conformità etica del principio del lavoro in ambito dominicale ai valori del Cristianesimo, ormai divenuto la religione ampiamente prevalente nei territori che erano appartenuti all'Impero[7].

Al formalismo del diritto romano si contrappone allora un sistema medievale delle situazioni di appartenenza più aperto e improntato alla preminenza del fatto economico, rivestendo la disponibilità immediata e la possibilità di godere concretamente delle utilità di un bene, quali implicate dal possesso, delle prerogative della realità. Ancora voci nella trattatistica italiana dei nostri giorni difendono e generalizzano la rilevanza giuridica – d'altronde in qualche modo testimoniata dall'esistenza stessa dell'istituto dell'usucapione – del valore etico dell'acquisto di un bene in virtù dell'umana operosità e del relativo possesso laborioso, invece che di un rapporto di preminenza tra cose tale da attribuire l'assoluta priorità al titolo di appartenenza formale sul suolo, a prescindere dal suo effettivo sfruttamento economico:

> [p]erché un bene debba entrare nella sfera di un altro in base ad un presunto rapporto di principalità dimensionale o funzionale di quest'ultimo, non è mai stato del tutto appurato. Al contrario, il vizio logico, se così può dirsi, sta proprio nel ravvisare tra le cose una connessione gerarchica, che di obiettivo non ha proprio nulla, al punto che i suoi termini si potrebbero spostare d'ordine, sol che si volesse nel contempo spostare l'angolo di prospettiva del ragionamento. […]. Sarebbero dunque le ipotesi di *aedificatio*, *satio* ed *implantatio* a dovere esercitare, rispetto al fondo sul quale insistono, la posizione guida, e non il contrario, dal momento che è il lavoro

[6] V. Simoncelli, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 323.

[7] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 24-25.

dell'uomo che con esse si accompagna a fornire, con la interscambiabilità, la ricchezza al proprietario di quel fondo[8].

In definitiva, la storia del diritto dei beni nei secoli seguenti a quelli turbolenti della decadenza dell'Impero romano, fino ai giorni nostri, è storia di scontro e incontro dialettico tra i due principi dell'accessione e del lavoro: per esempio, con soluzioni alterne di volta in volta negli Statuti comunali italiani; con lo sviluppo nel giusrazionalismo francese di una monumentale teoria dell'accessione ispirata al modello romano[9]; con la sua assunzione nel testo del *Code civil* in quanto confacente alla visione di capitalismo agrario della borghesia allora emergente come classe dominante; con la sopravvivenza nel diritto vivente d'oltralpe di pratiche improntate al principio del lavoro, che sono quindi funte da base per un più recente esorbitante sviluppo di una molteplicità di figure volte alla realizzazione di variegati interessi privati e pubblici, in cui è complessivamente riscontrabile un intento di realizzazione del fattore attivo del prodotto del lavoro piuttosto che del fattore passivo della titolarità del suolo. Anche quando per opera degli autori o della volontà politica predominante si volevano recuperare le istanze romanistiche di un principio dell'accessione, l'istituto della superficie, pur nato a sua volta nel contesto romano, è servito pertanto da veste giuridica per consentire un recupero dell'opposta istanza germanistica del lavoro, quando conforme al sentire sociale e alle necessità concrete degli utenti del diritto.

Nel contrasto tra i due opposti principi, l'uno privilegiato dal diritto formale e dagli autori, improntati dal fascino per il mondo giuridico romano, l'altro ciclicamente riemergente nella vita concreta degli attori giuridici, si manifesta la

> energia di una perenne aspirazione, che si afferma nel diritto vivente contro il diritto astratto risultante dalle fonti, in obbedienza alle necessità concrete degli uomini […]; basti osservare che il diritto attuato secondo le

[8] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 106-107.

[9] Malgrado i giusnaturalisti cercassero nel lavoro stesso un solido elemento di giustificazione teorica della proprietà: v. E. Besta, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, p. 147.

esigenze della vita sociale, quando non s'identifica con la norma astratta e non la vince (poiché nella sua fredda genericità essa supera spesso le prove più dure), si scava silenziosamente la via indiretta per giungere al risultato[10]:

e, tra queste vie indirette, ritroviamo le intricate vicende, fino ai nostri giorni, dei diritti di enfiteusi e di superficie.

È bene avere presente tutta questa cornice nella ricostruzione delle diverse forme in cui il diritto di superficie si presenta in Italia e in Francia, tanto più quando si approfondiranno quelle più ispirate alla presenza di un interesse generale. In effetti, come si osserverà nell'ultimo segmento di questo studio, la strutturale vocazione lavoristica dell'istituto superficiario ne fa un candidato ideale e attualissimo per realizzare le istanze solidaristiche di una Costituzione, come la nostra, dalla spiccata propensione al principio del lavoro. Per tale ragione l'analisi approfondita dell'ordinamento transalpino, dove il diritto di superficie ha conosciuto un più ampio e variegato impiego, può essere ricca di spunti per affrontare anche in Italia le sfide della società postmoderna senza tradire quello spirito di collaborazione e di giustizia sociale che è il più prezioso lascito dei costituenti e della dura lotta di Liberazione che a essi ha dato ispirazione. Tanto più in un modello dominicale come quello del nostro Codice civile – ricordiamolo, precedente alla Costituzione – il cui nocciolo duro, al di là delle proclamazioni degli estensori, non sembra essersi impregnato a fondo di questo principio del lavoro[11], pur compiendo sicuramente dei passi in avanti rispetto al freddo liberalismo del precedente Codice, a cui hanno fatto seguito ulteriori passi negli interventi succes-

[10] E. Bassanelli, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, in *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario*, vol. II, Milano, 1954, pp. 605-606.

[11] Cfr. E. Bassanelli, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, in *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario*, vol. II, Milano, 1954, pp. 604 ss.; osserva E. Besta, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, p. 147, che "[q]uando il socialismo cominciò la sua critica spietata delle istituzioni vigenti questo tenace attaccamento del nostro codice alle tradizioni romane avrebbe potuto apparire come uno dei difetti sociali: ma il punto più discusso fu il contratto di lavoro, in cui il lavoro non è affatto considerato come generatore di diritti sulla cosa ma come generatore di diritti verso il proprietario della cosa". Si noti in un Codice piuttosto recente, quello brasiliano, il ruolo apertamente riconosciuto al principio del lavoro in materia dominicale, in particolare dagli articoli 1238 e 1239.

sivi del legislatore, soprattutto in materia di diritto agrario[12]. Specialmente importante diventa allora, tanto *de iure condendo* quanto, nel frattempo, in una ricostruzione evolutiva e costituzionalmente orientata dell'assetto delle leggi civili esistenti, attribuire una speciale valorizzazione a quei pochi istituti del diritto positivo aventi una portata espansiva, come il diritto di superficie, che meglio possono farsi vettori di un riaffiorare di tale fondamentale principio.

B. *L'immobile dissociato*

Prima di entrare nei tecnicismi dei diversi modelli presi in considerazione, è opportuno continuare la panoramica iniziale delle necessità empiriche in gioco e dei conflitti tra blocchi d'interessi presenti nelle varie società umane sotto osservazione; si ricordi, infatti, che

> nell'universo giuridico, le forme sono spesso soltanto le punte emergenti di un gigantesco edificio sommerso, un edificio costruito su valori e che a quei valori chiede innanzi tutto diritto, regola osservata e rispettata perché aderente alle scaturigini più vive d'un costume, di credenze religiose, di certezze sociali[13].

L'immersione successiva, che consentirà uno sguardo da vicino al diritto di superficie e agli istituti giuridici a esso più legati negli ordinamenti studiati, potrà così ricondursi in conclusione a uno sguardo d'insieme, che tenti di mettere i tasselli al loro posto e di trarre dalla loro posizione e dalle rispettive relazioni qualche considerazione di più ampio respiro sull'evolvere degli assetti proprietari e sul modo migliore e più equo di gestire tali evoluzioni. Un utile elemento di precomprensione intuitiva della materia trattata può risultare la nozione di dissociazione giuridica dell'immobile, quale ripetutamente evocata

[12] Cfr. S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, pp. 264 ss.; L. Francario, *Nuove tecniche di intervento pubblico nell'economia: dalla tipizzazione alla trasformazione dei rapporti agrari*, in *Nuovo diritto agrario*, 1979, pp. 460 ss.

[13] P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, p. 53.

nella tesi di Marty[14]. Di seguito, s'introdurrà il concetto e se ne osserveranno alcuni risvolti.

Di dissociazione giuridica dell'immobile può parlarsi, in prima approssimazione, ogni qualvolta un bene immobile, oggetto di prerogative dominicali, sia non soltanto fatto oggetto della concessione ad altri di alcune di queste prerogative – ovvero, nella terminologia tradizionale francese, uno "smembramento" – bensì, senza tangerne la struttura fisica, giuridicamente scomposto e suddiviso in più beni, con diversi proprietari[15]. Si è osservato che la

> possibilità di creare sfere proprietarie indipendenti, l'una rispetto all'altra, è fondamentale sul piano dell'efficienza, perché consente ai diritti reali, ancorché stretti nel principio del numero chiuso, di essere ritagliati, almeno in parte, in conformità alle esigenze della domanda[16].

La scomposizione per piani verticali del dominio dell'immobile suscita problemi diversi da quelli qui presi in considerazione, in gran parte riconducibili ai temi dei rapporti di vicinato e della prova della proprietà. La sua scomposizione per piani orizzontali appare invece concettualmente più problematica, in quanto può chiamare in causa la suggestione pregiuridica dell'unità della cosa immobilizzata al suolo, che con quest'ultimo, in cui affonda le radici, le fondamenta e magari vari piani interrati, può costituire un tutt'uno[17], attribuendo all'insieme un valore

[14] J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976.

[15] Cfr. C. Beroujon, *Entre droits réels et personnels: la concurrence des prérogatives sur l'immeuble urbain au XIXe siècle*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, p. 128: "Le mécanisme repose sur un découpage de l'immeuble dont les diverses parties servent d'assise à autant de droits de propriété d'égale valeur. Cette situation évoque [l'indivision], mais elle n'en est pas une, parce que les droits concurrents ne s'exercent pas sur des quotités abstraites, mais matérielles, la superficie et le tréfonds". Sul tema in discorso, v. anche, diffusamente, *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007.

[16] U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, p. 295.

[17] Cfr. J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976, p. 61: "une telle situation suppose le passage de la réalité à une fiction selon laquelle les parties de l'immeuble antérieur,

maggiore che in caso di separazione e tutelando l'affidamento dei terzi che su questa (apparenza di) unitarietà hanno contato[18]. Intorno a questo nocciolo di senso comune, in alcuni ordinamenti giuridici si costruisce la teoria dell'accessione immobiliare – parte di una più ampia teoria dell'accessione – rispetto a cui il diritto di superficie, nella sua genesi, costituisce l'eccezione. Dopodiché, tale teoria assume direzioni di sviluppo strettamente influenzate dalle ideologie delle società in cui ha trovato uno spazio. L'individuazione dell'elemento preminente nel suolo oppure nell'opera frutto del lavoro, costruzione o piantagione, è, come si è visto, una scelta eminentemente ideologica, che può tradursi nell'una o nell'altra valutazione di politica del diritto su cui edificare il sistema: e in Europa i due principali schemi che si affrontano sono appunto quello romanistico e quello germanistico. Pertanto, la teoria dell'accessione, quale sviluppata in ambito giusnaturalistico e valorizzata nei suoi termini estremi dall'assolutismo proprietario della borghesia francese che aveva appena portato a compimento la propria rivoluzione, porta nel campo del diritto l'elemento di unitarietà – in qualche misura percepito nel sentire diffuso come caratterizzazione oggettiva, date le leggi fisiche che regolano l'aggregarsi della materia – ben al di là della sua esistenza nel senso comune, che non avverte, per esempio, un'unitarietà insita tra un terreno e il cielo che lo sovrasta. La ragione di una tale impostazione risiede quindi a monte nelle concezioni socio-economiche degli assetti proprietari e, più a valle, nelle dottrine giuridiche in cui queste concezioni si sono cristallizzate, che, a volte, possono durare per inerzia pure molto più a lungo degli assetti che ne sono stati la causa profonda, anche creando attriti con i nuovi assetti effettivamente a essi subentrati. Pertanto, lo sconfinamento dell'accessione al rapporto tra il suolo e la colonna d'aria che vi si trova

admis lui-même comme un tout, acquièrent une autonomie telle que chacune d'elles reçoit une nature identique à la première. Assurément, le sol, la surface, n'est plus alors la référence essentielle. Un ou des éléments matériels sont jugés suffisamment importants pour acquérir cette autonomie. […] [L]es rapports juridiques entre les parties de l'immeuble deviennent en principe, des rapports d'immeuble à immeuble".

[18] L. Van Vliet, *Accession of Movables to Land*, in *Modern Studies in Property Law*, vol. I, *Property*, Oxford, Portland (Oregon), 2001, p. 321.

sopra ha portato in Francia, come si vedrà, allo sconfinamento anche della sua eccezione, il diritto di superficie, nell'ambito ideale di tale rapporto, facendo dell'istituto superficiario una nozione che ben poco ha a che fare con la *superficies* tardo-romana e che si presenta piuttosto come un elemento di scardinamento dell'apparenza ultra-corporale della nozione di proprietà immobiliare del *Code civil* a fronte dell'incalzare dell'immateriale[19].

Occorre avvertire che la terminologia, caratterizzata da una certa ambiguità semantica, non sempre aderisce plasticamente alle semplificazioni fin qui introdotte. In Italia, infatti, il contenimento dell'istituto superficiario in un ristretto e ben definito ambito favorisce la tendenza, in varie ricostruzioni, ad ammettere deroghe all'accessione evitando di evocare il diritto di superficie[20]; zone grigie esistono anche nel modello francese – che pure della superficie accoglie la nozione più vaga e malleabile[21] – in particolare quando (per chi ammetta che questo possa precariamente avvenire) la dissociazione giuridica dell'immobile risulti da una mera situazione di fatto. Come conseguenza della genesi storica del termine, per di più, a lungo è risultato dubbio tra i giuristi d'oltralpe se sotto l'ombrello della nozione di super-

[19] Beninteso, non s'intende affatto, nella presente trattazione, assegnare una presunta unitarietà giuridica all'attributo d'immateriale, che "non avvicina in alcun modo l'interprete a meglio conoscere la realtà che deve essere disciplinata, giacché sotto di esso sono raccolte una congerie di ipotesi, fra loro diversissime, e accomunate unicamente dall'assenza di corporalità": V. Zeno-Zencovich, *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, *sezione civile*, IV, Torino, 1989, p. 447; una sfida del diritto del nostro secolo è proprio quella di aprirsi a questo mondo, dall'importanza economica sempre più corposa, candidandosi a governarne i regimi secondo efficienza ed equità, a partire dalla presa d'atto dell'eterogeneità strutturale che ne è alla base.

[20] Mentre in Belgio sembra essersi affermato in proposito un più rigoroso indirizzo giurisprudenziale di corrispondenza biunivoca tra diritto di superficie e deroga al principio dell'accessione: v. *Cour de Cassation, 19 mai 1988, Pas., 1988, I, p. 1142; contra, Cour de Cassation, 6 sept. 2018, C.17.0265.F*; una serie di situazioni di confine sono in ogni caso, come si vedrà, fatte salve in tale ordinamento attraverso la teoria della superficie-conseguenza.

[21] Sulla scorta della funzione storica di "clausola di chiusura" del sistema francese dei beni, autori contemporanei riconoscono all'istituto il più largo ambito di applicazione: si veda per esempio, in J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976, pp. 270 ss., il diritto di superficie evocato finanche come possibile strumento tecnico per attuare il regime della multiproprietà immobiliare.

ficie fosse riconducibile anche la dissociazione dei diritti di proprietà sul sottosuolo; e la chiarificazione sul punto, che in Italia si è avuta con la codificazione del diritto, in Belgio ha dovuto attendere fino alla recente riforma del 2014 del diritto di superficie. Inoltre, si osserva la tendenza francese di oggi a non includere nella nozione del diritto di superficie il fenomeno di scomposizione degli edifici, soprattutto urbani, in appartamenti, cantine e altri locali con proprietari differenti: probabilmente, un'esigenza dovuta alla necessità di regolare dettagliatamente e specificamente la molteplicità di questioni, foriere di conflittualità, di un moderno condominio urbano, problematiche in gran parte nuove e bisognose di risposte inedite, non completamente rinvenibili nei bagagli concettuali ereditati dalla tradizione[22]. Ma, forse, l'esclusione concettuale dei condomini di edifici dall'ambito del diritto di superficie, a dispetto dalla loro effettiva funzione di deroga al principio dell'accessione[23], testimonia anche l'intento di non associare idealmente tali diffusissime formazioni all'aura di eccezionalità in cui ancora si vuole confinare la superficie, laddove un'associazione tra questo istituto e il condominio ha fatto maggiormente breccia in Italia, in presenza di una più precisa collocazione sistematica e definizione concettuale del diritto in discorso. In definitiva, che possa o meno coprirne l'intero spettro, sicuramente il concetto di diritto di superficie trova il quadro di riferimento in una divisione per piani orizzontali dei diritti di proprietà su un immobile, che sbocca nella creazione, provvisoria o definitiva, di più immobili giuridicamente distinti: un'esigenza che sicuramente si dimostra molto presente nelle società più urbanizzate.

[22] Si pensi all'abrogazione dell'articolo 664 del *Code Civil*, nel 1938, sancendo definitivamente lo sviluppo extracodicistico della comproprietà degli edifici in Francia. Opposta la scelta del legislatore italiano del 1942, di codificare il condominio degli edifici agli articoli 1117-1139 del C.c., all'interno del libro III, dedicato alla proprietà, e, al suo interno, del titolo VII, in tema di comunione.

[23] V. M. Basile, *Diritti e doveri dei condomini*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, p. 225: "Com'è risaputo, alle origini dell'istituto condominiale sta, nei Paesi a basi romanistiche, il proposito di ammettere esplicitamente la proprietà separata dei piani degli edifici e/o di loro porzioni, in deroga al vecchio principio *superficies solo cedit*".

Il presente studio, pur incentrandosi sui fenomeni che le rispettive comunità di studiosi, in Francia, Italia e Belgio, chiamano diritto di superficie, cercherà d'inquadrare gli stessi come manifestazioni del più generale fenomeno della dissociazione giuridica dell'immobile, mettendoli a confronto e in relazione con altre testimonianze di questa dissociazione ed evidenziando del diritto di superficie proprio la mobilità dei confini e l'aspetto di messa in crisi della visione classica, unitaria, della proprietà. In un'ottica funzionalista, è allora possibile un raffronto anche con il sistema di *common law*, che a esigenze che i diritti continentali possono ricondurre al diritto di superficie risponde con strumenti differenti ma paragonabili.

Un profilo d'indagine merita a questo punto un primo cenno. La dissociazione giuridica dell'immobile, nelle forme in cui recuperata già all'indomani della codificazione francese nel modello civilistico d'oltralpe, poteva in tale fase soddisfare pienamente le necessità della società di allora di attribuzione dello *ius aedificandi* a un soggetto diverso dal *dominus soli*, quando tale differente allocazione dei diritti di sfruttamento dello spazio, rispetto al modello posto come standard dal legislatore, rispondeva maggiormente agli interessi delle parti coinvolte, spesso per preservare assetti esistenti da lungo tempo e diffusamente percepiti come rispondenti al buon senso e al diritto. Se ancora oggi, con modalità diverse e con diversa diffusione tra i vari modelli qui oggetto di studio, il diritto di superficie, principale manifestazione della dissociazione giuridica dell'immobile, ricopre sempre, nel diritto civile, una tale funzione fondamentale di strumento di allocazione alternativa – rispondente a interessi individuali o collettivi – delle prerogative di costruzione nello spazio, occorre però tenere presente che negli stessi ordinamenti anche altre regole dettate nell'interesse generale in materia di *ius aedificandi* sono fonte di più o meno radicale conformazione della proprietà. Anche ad ammetterne la permanente inerenza alla proprietà privata fondiaria[24] piut-

[24] Come torna ad affermare l'ultima dottrina italiana: v. per es. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 326-327; cfr. *Corte cost., 25-30 gennaio 1980, n. 5*; per una diversa lettura, in Francia, v. H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 387 ss.; lo stesso Autore scrive, più recentemente (*L'immeuble et*

tosto che alla collettività, in ogni caso il diritto di costruire si presenta intriso del superiore interesse generale a un ordinato sviluppo urbanistico e territoriale, sicché l'opera edificatoria del proprietario potrà avere luogo solo se conforme e nei limiti in cui conforme a tale interesse. Tanto in Francia, dove le disposizioni in materia sono raccolte nel *Code de l'urbanisme*, quanto in Italia, pertanto, caduto il mito dell'assolutismo proprietario, che pure impronta la lettera di vari articoli del *Code civil*, la disciplina dello *ius aedificandi* non si esaurisce affatto nella sfera del diritto civile, implicando l'applicazione di molte disposizioni di diritto amministrativo, che concorrono a pieno titolo a dare forma alla complessa materia della proprietà edilizia, servendosi di tecniche sofisticate che perseguono da un lato gli obiettivi di una razionale pianificazione territoriale, dall'altro lato, in qualche misura, quelli di un pari trattamento dei proprietari interessati[25]. La presente trattazione è incentrata sulle regole civilistiche della dissociazione giuridica dell'immobile, ma, lungi da ogni illusione di autonomia e d'indipendenza delle stesse, quando necessario o opportuno saranno quantomeno evocati gli altri strumenti e complessi normativi diretti a conformare il diritto di costruire, evidenziandone in particolare, come si vedrà in tema di cosiddetta cessione di volumetrie edificabili, alcuni parallelismi, parentele e intrecci con la ben più antica tecnica del diritto di superficie[26].

le Code civil, in *1804-2004, le Code civil: un passé, un présent, un avenir*, Parigi, 2004, pp. 406-407): "Le propriétaire du fonds est […] tributaire d'une décision de l'Administration qui, tant en matière agricole qu'urbaine, est devenue, en quelque sorte, la règle. Une certaine survivance déformée des domaines éminents et utiles se manifeste donc. Le pouvoir sur le bien n'est plus direct puisqu'il s'avère trop souvent dépendant des décisions de l'autorité publique. La législation moderne recrée ainsi ce que le Code civil avait tant voulu éviter".

[25] Cfr., *ex ceteris*, per l'Italia, S. Bellomia, G. Pagliari, M.A. Sandulli (a cura di), *Proprietà e pianificazione del territorio*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. IV, Milano, 2012; per la Francia, J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, X ed., Issy-les-Moulineaux, 2015.

[26] Cfr. per es. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 312-314, pp. 328-329: "Le forme tecniche di perequazione possono essere varie, ma esse presentano un nucleo ideale comune in quanto implicano una scansione intellettuale e giuridica tra l'attribuzione della facoltà di procedere alla trasformazione dell'assetto fisico dei fondi (e dei beni edilizi), l'attribuzione della misura astratta di tale facoltà ed, infine,

Si è osservato come con l'avvento della modernità e, in Francia, con l'ordine giuridico instaurato dalla Rivoluzione e poi dalla codificazione, il diritto di superficie, istituto potenzialmente sovversivo del nuovo ordine, sia stato guardato con un certo sospetto[27]: visto dagli studiosi ottocenteschi come "un'anomalia, un vizio nella legislazione"[28], lontano dall'"ordine naturale delle cose"[29], o meglio da quello che essi percepivano come tale in ragione della concezione di proprietà che caratterizzava l'ideologia del tempo, libera da vincoli che ne potessero compromettere o complicare il commercio giuridico, necessario allo sviluppo capitalistico. La dissociazione dell'immobile era allora tollerata – nel quadro del principio della libertà contrattuale, ma con una certa tensione con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali – sotto forma di deroga ed eccezione ai principi informatori della materia in quanto comunque rispondente ad alcune esigenze sociali difficilmente sopprimibili, soprattutto proprie del mondo rurale, ma via via anche nuovamente di quello urbano, in cui la crescita della popolazione cominciava a porre problemi di ottimizzazione dello spazio utilizzabile. Può tuttavia notarsi il carattere sin dall'origine limitato e contraddittorio dell'aura di eccezionalità associata alla superficie, carattere tale da improntare di sé il regime della prova, ma non da imporsi con altrettanta decisione in tema di durata del frazionamento spaziale dei titoli di appartenenza su uno stesso immobile. Quello del tempo è un tema che sono trasversalmente chiamate ad affrontare le varie teorie sulla natura della superficie, tanto in Francia quanto in Italia. Per cominciare dal modello d'oltralpe, se le impostazioni, più fedeli al diritto romano, ma mino-

l'attribuzione della titolarità dei beni realizzati che può anche essere il frutto di vicende circolatorie riguardanti il *jus aedificandi*, come avviene tipicamente nel caso di un diritto di superficie nella forma della concessione *ad aedificandum* in base al quale il superficiario diviene proprietario dell'edificio costruito"; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 253 ss.; H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, *passim*.

27 Cfr., ancora oggi, W. Dross, *Droit des biens*, II ed., Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 30, nota 90: "tout incite à préférer le modèle du démembrement d'une utilité à celui d'une division matérielle de son objet".

28 J.-E. Labbé, *Note sous Cass. civ., 16 déc. 1873*, in *S.*, 1874, I, p. 458.

29 J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, pp. 548-549.

ritarie, che fanno del diritto di superficie un mero diritto reale di godimento sulla cosa altrui sboccano linearmente a sostenere la conseguenza di una sua durata necessariamente circoscritta nel tempo[30], diverso è il discorso per le teorie, moniste o dualiste, che nel diritto di superficie identificano (solo o anche) una forma di proprietà, spazialmente limitata ma teoricamente completa di tutte le attribuzioni dominicali, in quanto tale imprescrittibile e naturalmente perpetua… fatto salvo il titolo: l'eccezione è di non poco conto, vista la frequenza nel modello francese di diritti di superficie conferiti nel quadro di rapporti locativi, ordinari o anomali, il cui titolo convenzionale prevede il ritorno finale della proprietà delle costruzioni al domino del fondo. Inoltre, alcune voci tentano di temperare la dottrina dell'imprescrittibilità del diritto conferito[31] proprio ragionando sulle soluzioni offerte dalle regole che affrontano le situazioni di patologia del rapporto fondato su un titolo convenzionale[32]. Le problematiche

[30] Nella dottrina di oggi, v. F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: droit de superficie,* in *RTD civ.*, 1995, p. 658: "L'exception que constituent les servitudes est due au caractère mineur de l'entrave qu'elles apportent à la propriété. Ce qu'il y a d'incompatible avec le régime des biens dans la perpétuité des droits sur la chose d'autrui, c'est qu'elle provoque l'expropriation du propriétaire et instaure un régime de propriété divisée"; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 219; F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse Lyon III, 2001.

[31] Al punto che, secondo J.-L. Tixier, *Le bail à construction: de la théorie à la pratique*, Parigi, 2006, p. 13, "si la perpétuité est de l'essence de la propriété, elle n'est pas de celle de la superficie, laquelle est le plus souvent temporaire"; C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 119: "« Perpétuel par nature» puisqu'il est un droit de propriété, le droit de superficie est ici « temporaire par constitution »". Solo una giurisprudenza risalente, mai diventata predominante, cercava di stroncare alla radice la concepibilità stessa di un tale diritto di proprietà temporalmente circoscritto: v. *Cass. civ., 8 juill. 1851, D., 1851, I, 682.*

[32] Secondo C. Larroumet, *Droit civil,* t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 446, nota 1: "Dans l'hypothèse où le titulaire d'un droit de jouissance sur le sol d'autrui n'exécuterait point l'obligation de construire qu'il aurait contractée, ce droit de jouissance pourrait rétroactivement disparaître par suite de la résolution du contrat qui l'a fait naître. Mais, il ne s'agit pas alors de l'extinction du droit de superficie par non-usage, puisque, par hypothèse, ce droit n'est pas encore né. Il s'agit de la disparition du droit de jouissance et de son accessoire, le droit de construire. Ce n'est que l'application du droit commun de la résolution des contrats pour inexécution", in quanto, per l'Autore, il diritto di superficie non viene a sorgere che con la realizzazione della costruzione, disponendo prima la controparte contrattuale del *dominus soli* soltanto di un diritto reale minore o di un diritto personale secondo il titolo (locazione semplice, enfiteutica, *bail à construction*, ecc.).

della sopravvivenza o meno del diritto anche in presenza di una distruzione o demolizione dell'opera nelle principali ricostruzioni teoriche della superficie in Francia saranno approfondite nel prosieguo. In questo paragrafo, basti osservare come, fatte salve le sfumature di problematizzazione che si sono accennate, le teorie dominanti arrivino in un modo o nell'altro ad affermare il carattere naturalmente perpetuo del diritto di superficie, privilegiando le istanze rivolte a una stabilizzazione dello stesso, quale oggi fondamentale in particolare per un efficace dispiegarsi della tecnica della ripartizione volumetrica dello spazio, a discapito del (non più) dogma dell'esclusività del diritto del proprietario del fondo, sacrificandone stabilmente l'interesse a un pieno riespandersi delle sue prerogative dominicali. Come si è osservato nell'introduzione storica, già nel corso del XIX secolo nella giurisprudenza si era consolidata una concezione del diritto di superficie come forma di proprietà, parziaria ma dotata di tutti gli attributi della stessa, recependone quindi la non soggezione a prescrizione e la naturale perpetuità. Lo stesso orientamento risulta pure dalla giurisprudenza recente[33].

Critiche all'idea dominante di un'inestinguibilità per non uso del diritto di superficie sono anche state argomentate, piuttosto che su fondamenti dogmatici, sulla base della stessa funzione economico-sociale dell'istituto in questione[34]; se si accetta il presupposto di una nozione larga della superficie, associata all'idea di un'attualizzazione nel mondo giuridico contemporaneo del principio del lavoro e della produttività rispetto alla situazione statica del titolare formale del fondo, il venir meno dell'esigenza produttiva e sociale a cui può risultare opportuno attribuire preminenza giuridica può ben spingere l'interprete e, ancor di più, *de iure condendo*, il legislatore, a recuperare l'interesse già compresso del proprietario del suolo, sia esso privato

[33] *Cass. 3e civ., 6 mars 1991, n. 89-17786; CE, 30 nov. 2007, n. 271897.*

[34] V. J.-E. Labbé, *Note sous Cass. req., 27 avr. 1891*, in *S.*, 1891, I, p. 370: "L'utilité pratique et persistante justifie et le droit de superficie et le droit de servitude. Si, pendant un long espace de temps, le superficiaire n'exerce pas son droit, le retour à l'unité de la propriété est souhaitable, et sera satisfait par l'extinction à raison du non-usage du droit de superficie, comme il en serait d'une servitude"; cfr. G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens,* Parigi, 1995, p. 240.

o pubblico, alla riespansione spaziale del proprio diritto[35], con il vantaggio per la società della (ri)presa in carico da parte di un soggetto del soprassuolo eventualmente lasciato a se stesso dal superficiario.

La cessione di un diritto di superficie perpetuo, quando vertente sulla totalità del soprassuolo e non soltanto su alcuni suoi elementi, pone in generale l'interrogativo della funzione di una dissociazione definitiva della proprietà tale da poter svuotare il diritto del proprietario del suolo, con il rischio di un riapparire di forme di proprietà simboliche e prive di effettività che sono di serio intralcio al commercio giuridico. In effetti, in un numero preponderante dei casi, nel contesto d'oltralpe, il diritto è attribuito nella cornice di un rapporto di locazione di lunga durata, ma pur sempre sottoposto a un preciso termine. Nella casistica concreta, contratti di superficie in perpetuo finiranno nella gran maggioranza delle situazioni per essere soltanto parziali[36], riferiti a singoli elementi del soprassuolo, o saranno concordati in presenza di un effettivo interesse economico a uno sfruttamento autonomo del sottosuolo o ancora, nel modello francese, s'in-

[35] Cfr. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, II ed., Parigi, 1932, pp. 944-945: "tandis que l'inaction du plein propriétaire ne profite à personne, celle du superficiaire bénéficie au propriétaire du sol; on conçoit donc que cette situation de fait, si elle vient à se prolonger pendant trente ans, devienne le droit"; *contra*, E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, pp. 295-296.

[36] Con quella che è stata osservata come una correlazione inversa tra estensione del diritto di superficie nel tempo (a titolo temporaneo o perpetuo) e nello spazio (parziale o totale): v. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 119; lo stesso Autore evidenzia la pochezza delle prerogative rimaste al proprietario del suolo dopo aver concesso un diritto di superficie totale: i benefici connessi al ritrovamento di un tesoro interrato, l'attitudine a essere destinatario del pagamento delle somme dovute dal vicino che voglia acquisire la comproprietà di un muro divisorio (art. 661 c.c.), dell'indennità di espropriazione del sotto-suolo o della rimunerazione in caso di sfruttamento da parte dello Stato o di un concessionario di una miniera in esso localizzata. In Italia, G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 17, pone in senso dubitativo la questione se meriti protezione il desiderio del *dominus soli* di conservare un diritto di proprietà così menomato; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 184 prospettano d'introdurre l'obbligo di determinazione di un termine finale del rapporto; tali soluzioni, di ulteriore ridimensionamento della portata dell'istituto nell'ordinamento giuridico italiano, rischierebbero però di sminuire ulteriormente lo stesso, a fronte dei vantaggi che invece l'estrema flessibilità della superficie francese continua a testimoniare.

quadreranno perlopiù in un'operazione di scomposizione dello spazio in volumi oggetto di appropriazione privativa, frequente nel quadro della realizzazione di grandi insiemi immobiliari.

Nel panorama italiano attuale, a differenza del precedente codice del 1865 assai prossimo a quello francese[37], la disciplina codicistica, con il sistema dei diritti reali quale positivizzato, offre un quadro più certo del rapporto tra diritto di superficie e fattore temporale. Anche in Italia si è osservato che

> [q]uel che rappresenta un'eccezione per la proprietà, la sua temporaneità, è la norma per il diritto di superficie, nel senso che è destinato a rinnovarsi od a trovare la sua fine anticipata, la quale è un *exitus* predeterminato nel contesto di un rinnovamento che è il confine tra l'estinzione o la continuità: una volta perita la costruzione, si ripropone la proiezione evolutiva verso una nuova costruzione, oppure […] la sua prescrizione per non uso ventennale[38].

Il principio dell'accessione è tenuto fermo come regola generale del Codice e il diritto di superficie è recepito come (quantomeno la principale) eccezione a esso. A norma dell'articolo 954, il diritto reale di fare la costruzione sul suolo altrui si estingue, al pari degli altri diritti reali minori di godimento, per prescrizione per effetto del non uso protratto per venti anni[39]: entro

[37] Nel cui vigore il problema della prova del diritto di superficie risultava cruciale; per la necessarietà dell'atto scritto per contrastare la presunzione di appartenenza dell'opera al proprietario del suolo e dimostrare la rinunzia all'accessione di quest'ultimo, v. *Cass. Roma, 29 dicembre 1890, Il foro it., 1891, I, 348*; *Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892, Il foro it, 1892, I, 1160*; *contra*, *Cass. Roma, 16 luglio 1889, Il foro it., 1890, I, 863*; cfr. *Cass. civ., sez. II, 4 agosto 1943, n. 2008, MFI, 1943, 495*.

[38] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 204-205.

[39] A interrompere la prescrizione, secondo alcuni autori, basta l'inizio dell"opera: v. G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 161; G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 505-506, secondo il quale occorre però avere riguardo al tenore del titolo, per cui, per esempio, se esso delimita la specie o i caratteri della costruzione da erigere (senza che sia fisssato un termine per ultimare i lavori), il principio di opere interromperà la prescrizione, senza impedirla definitivamente in caso di successiva sospensione dei lavori, mentre saranno sufficienti a impedire la prescrizione anche opere lasciate a metà se il titolo consente il compimento di qualsiasi costruzione; altri richiedono il compimento dell'opera, o quantomeno delle sue parti essenziali: L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 953; altri ancora sostengono posizioni intermedie: G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1484-1485; la Cassazione si è espressa

tale termine esso si sarà dovuto allora estinguere, o sarà sfociato nella proprietà della costruzione. Diverso è il discorso per quanto riguarda la costruzione già esistente sul fondo e alienata separatamente dal suolo, ovvero realizzatavi dal superficiario in virtù della concessione reale *ad aedificandum*: in mancanza di un termine, il diritto di proprietà sulla costruzione risulterà imprescrittibile, il che riporta la riflessione sulle critiche appena evidenziate in ambito francese sull'incerta funzione sociale di un tale assetto[40], che rende il valore del suolo, salva la possibilità di sfruttamento delle utilità economiche del sottosuolo, quasi nullo, dipendente dalle sole, remote, possibilità di rinunzia o di perimento o di demolizione a cui non faccia seguito per vent'anni una ricostruzione da parte del superficiario[41]. È presente pure nella nostra giurisprudenza la riflessione su come la concessione edificatoria possa rendere il diritto del proprietario del suolo privo di ogni pratico contenuto, salvo il caso di perimento dell'opera, in cui tornando attuale il diritto di edificare – come avviene in ogni caso naturalmente secondo i sostenitori della teoria bipartita della superficie, ma non in caso di proprietà separata secondo i sostenitori della visione tripartita – con esso tornerà a operare il meccanismo della prescrizione estintiva[42]. Il conferimento di un diritto di superficie a termine dà invece luogo, sulla costruzione già esistente e alienata separatamente o realizzata dal superficiario, a un diritto di proprietà temporaneo[43]: se ne osserve-

sulla questione abbastanza recentemente: v. *Cass. civ., sez. II, 7 aprile 2014, n. 8084, Rivista del notariato, 2014, II, 951*: "Il diritto di superficie si estingue per non uso, ai sensi dell'art. 954, ult. comma, c.c., se entro il ventennio la costruzione non è edificata quanto meno nella struttura essenziale, non essendo sufficiente la realizzazione di opere intermedie (nella specie, pilastri in cemento armato e getti dei balconi del futuro appartamento); né la manutenzione di tali opere intermedie (nella specie, pitturazione dei ferri dei pilastri) interrompe la prescrizione, a tal fine occorrendo un avanzamento dell'attività edificatoria, che esprima il *facere* in cui si sostanzia il diritto di superficie".

40 Cfr., per l'Italia, le osservazioni di A. Chianale, *Il diritto di superficie: epitomi giudiziarie ed occasioni perdute, nota a Cass. civ., sez. II, 13 febbraio 1993, n. 1844,* in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, I, pp. 1851 ss.

41 U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, p. 299.

42 *Cass. civ., sez. II, 13 febbraio 1993, n. 1844, Giurisprudenza italiana, 1994, I, I, 1852*; cfr., da ultimo, M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 103.

43 Da ultimo, v. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 230; *contra*, F.

ranno più avanti le implicazioni nel quadro della teoria della proprietà. Naturalmente, la limitazione temporale del diritto del superficiario s'imporrà anche ai suoi aventi causa[44].

Sezione II. *I fondamenti nel diritto positivo*

Dopo aver gettato uno sguardo alle istanze economiche e sociali su cui si fonda il diritto di superficie, è opportuno soffermare l'attenzione sul diritto positivo esistente in materia di superficie nei vari ordinamenti presi in considerazione. La conoscenza di queste disposizioni risulta imprescindibile – ma certamente non sufficiente – per poter sviluppare la comparazione. Alcune differenze saltano immediatamente all'occhio, soprattutto tra ciò che nel nostro modello e in quello belga è tendenzialmente esplicito e ciò che in quello francese rimane implicito ed è quasi completamente frutto delle ricostruzioni degli interpreti.

A. *Il modello francese*

Come osservato, il diritto di superficie non era citato nel testo del Codice napoleonico del 1804. Ciò non ha impedito alle successive generazioni di giuristi francesi, sino ai nostri giorni, di rinvenire indirettamente i suoi fondamenti nelle regole codicistiche in materia di accessione immobiliare. Per la precisione, il diritto di superficie figura ormai nel testo attuale del *Code civil*, nel suo libro V contenente le disposizioni applicabili al territorio d'oltremare di Mayotte, menzionato ("la superficie") dall'articolo 2521, tra i diritti suscettibili d'iscrizione sul libro fondiario a fini di opponibilità ai terzi, e ("le droit de superficie") dall'articolo 2531, tra i diritti suscettibili d'ipoteca. Gli articoli da cui gli interpreti avevano già desunto la sussistenza di un diritto di superficie nel modello francese sono in gran parte collocati

De Martino, *Della proprietà*, in *Libro terzo, della proprietà, art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 124, nota 3.

[44] S. Sangiorgi, *Della superficie*, in *Comm. Cendon*, vol. III, Torino, 1991, p. 268.

nell'omnicomprensiva disciplina dell'accessione, quale regolata dagli articoli da 547 a 577[45], e in particolare dell'accessione immobiliare, di cui agli articoli da 552 a 564. L'articolo 551, che apre il capitolo II ("sul diritto di accessione su ciò che si unisce e s'incorpora alla cosa") del titolo II ("sulla proprietà") del II libro del Codice, evidenzia emblematicamente la nozione forte di accessione fatta propria dai codificatori, per le ragioni che si sono osservate nell'introduzione storica, sancendo, in termini generali, che tutto ciò che si unisce e s'incorpora alla cosa appartiene al proprietario e rinviando alle regole di dettaglio degli articoli successivi, che trattano prima dell'accessione immobiliare e poi dell'accessione mobiliare. Già l'articolo 546, ultimo dei tre articoli di apertura del titolo II dedicato alla proprietà, anticipava ancora più in generale che la proprietà di una cosa, sia mobile, sia immobile, dà diritto su tutto ciò che essa produce e su quello che vi si unisce accessoriamente, sia naturalmente, sia artificialmente, questo diritto chiamandosi "diritto di accessione"[46].

L'articolo 552 prescrive che la proprietà del suolo comporta la proprietà del disopra e del disotto. Il proprietario può fare al disopra tutte le piantagioni e costruzioni che giudica opportune, fatte salve le eccezioni di cui al titolo dedicato alle servitù; può fare al disotto tutte le costruzioni e scavi che giudica opportuni e trarre da tali scavi tutti i prodotti che possono fornire, fatte salve

[45] V. W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, comm. à artt. 551-553*, 2017, n. 2: «C'est un travers très net des codificateurs que d'avoir voulu tout ramener à l'accession : le titre consacré à la propriété (Livre deuxième, titre deux) ne parle, officiellement, que d'accession : son premier chapitre est intitulé "*Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose*", son second, "*Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose*".

Quant au premier chapitre, qui traite de l'accession par production, autrement dit de la question de l'attribution des fruits produits par une chose, il n'en relève nullement. L'accession suppose en effet la réunion de deux biens, or la génération des fruits procède d'un phénomène précisément inverse de « discession » […] Pareillement, les règles de l'accession immobilière naturelle n'ont rien à voir avec le mécanisme de l'accession : ils tranchent diverses questions de délimitation de la propriété foncière».

[46] La visione che tale articolo evoca dell'accessione come attributo naturale del diritto di proprietà e sua estensione su quanto vi sia accessorio pone peraltro problemi di coordinamento con l'art. 712 dello stesso Codice, che ne fa un modo di acquisto della proprietà su un oggetto distinto: W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, comm. à artt. 551-553*, 2017, n. 28.

le modificazioni risultanti dalle leggi e dai regolamenti relativi alle miniere e dalle leggi e dai regolamenti di polizia. Si ha qui l'affermazione probabilmente più intensa della forza dell'accessione immobiliare come concepita dai redattori del *Code* in omaggio ai principi rielaborati dai romanisti. Le formulazioni dell'articolo 552 e del seguente tendono a riprendere, come si è osservato, il contenuto dell'articolo 187 della *Coutume de Paris*, ma con una più spiccata enfasi sull'estensione verticale di una proprietà intesa di principio come assoluta e in quanto tale non limitata nello spazio se non lateralmente dall'adiacente proprietà altrui; il contenuto operativo concreto della norma, com'era già stato per quella di origine consuetudinaria che l'aveva preceduta, restava comunque soprattutto un riconoscimento al proprietario del suolo di un monopolio dei poteri edificatori sullo spazio sovrastante e sottostante[47], escludendo ogni terzo da tale prerogativa. Si voleva prevenire radicalmente il rischio di un conflitto di rivendicazioni dominicali riferite a spazi sovrapposti, attribuendo a monte il diritto al titolare del suolo.

[47] Cfr. C. Tenella Sillani, *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, pp. 224-225: "l'art. 552 [ha] un duplice significato e [deve] pertanto essere interpretato utilizzando due diverse chiavi di lettura. La lettera del primo comma ha un carattere puramente ideologico che si estrinseca in una sorta di dichiarazione programmatica: in tal senso, l'affermazione che il proprietario del suolo debba essere allo stesso modo proprietario del di sopra e del di sotto, ha lo stesso valore formale dell'affermazione secondo cui i poteri proprietari non debbano avere confini, in quanto la proprietà è un diritto assoluto, esclusivo, illimitato. La medesima norma, tuttavia, porta in sé, impresso in maniera indelebile, il segno della storia: le facoltà che il proprietario può esercitare «dessus» e «dessous» risultano, infatti, quelle stesse che, nel corso dei secoli, erano state delineate nella scienza e nella pratica del diritto; da ciò consegue che questa disposizione non vuol concretamente attribuire al *dominus soli* la proprietà dello spazio aereo e del sottosuolo, ma intende esclusivamente riconfermare, attraverso l'autorità della legge, i tradizionali poteri insiti nel dominio e che attengono al contenuto, non all'oggetto del diritto di proprietà"; ma secondo W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, comm. à artt. 551-553*, 2017, n. 4: "Le premier alinéa de l'article 552 dispose que «La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous». Il s'agit pour ce texte de définir l'objet de la propriété immobilière, autrement dit l'assiette du droit du propriétaire d'un immeuble. Aux termes de cette disposition, celui qui acquiert une parcelle n'obtient pas un droit portant sur un objet géométriquement défini dans le plan en deux dimensions, mais sur un objet défini tridimensionnellement, c'est-à-dire dans l'espace. […] Les deuxièmes et troisièmes alinéas changent nettement de logique, car il ne s'agit plus de délimiter l'objet de la propriété foncière mais de décliner les prérogatives attachées au droit de propriété".

L'ammissione della possibilità del titolo contrario, quale sancita in chiusura dell'articolo della *Coutume* parigina, non figura che al successivo articolo 553, facendo del 552 un monumento granitico e coerente – a parte il riconoscimento specifico già da parte dei codificatori dell'eccezione in materia di miniere – dell'assolutismo proprietario. L'articolo 553 dispone subito di seguito che ogni costruzione, piantagione e opera sopra un terreno o nel suo interno é presunta essere stata fatta dal proprietario a sue spese e a questi appartenere, se non è provato il contrario; senza pregiudizio della proprietà che un terzo potrebbe aver acquistato o potrebbe acquistare per usucapione sia di un sotterraneo sotto l'edificio altrui, sia di ogni altra parte dell'edificio. È dunque proprio nei sottili interstizi lasciati aperti come eccezioni dalla formulazione di questa regola dell'accessione immobiliare, nella prova contraria ammessa alla molteplice presunzione della realizzazione da parte del proprietario, a sue spese[48] e dell'appartenenza a lui delle costruzioni, piantagioni o opere, che il diritto di superficie, quale tramandato dalla tradizione, trova residualmente uno spazio, desumibile soltanto in negativo dal testo dell'articolo. A scalfire ancora la portata della regola dell'accessione in campo immobiliare, l'ultima parte dell'articolo apre pure alla possibilità di una proprietà separata di singoli locali di una costruzione: si vedrà subito di seguito come l'articolo 664 del testo del Codice napoleonico sviluppasse questa ipotesi nella situazione in cui i vari piani di un'abitazione avessero proprietari differenti. È allora proprio questo articolo 553 la principale base testuale per la ricostruzione sistematica di un diritto di superficie nell'ordinamento francese in seguito alla codificazione del 1804.

Gli articoli successivi aiutano a comprendere la concezione dell'accessione immobiliare fatta propria dai codificatori del 1804: alcuni di essi saranno evocati a vario proposito nel prosieguo della trattazione. Come disposto dall'articolo 554, il proprietario del suolo che ha fatto delle costruzioni, pianta-

[48] Cui si aggiunge implicitamente anche l'ulteriore prova, che il terzo è chiamato a dare, di avere costruito o piantato nel proprio interesse: W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, comm. à artt. 551-553*, 2017, n. 23.

gioni e opere con materiali a lui non appartenenti deve pagarne il valore stimato alla data del pagamento, potendo essere anche condannato, se del caso, a un risarcimento, ma il proprietario dei materiali non ha il diritto di portarli via. In base all'articolo 555, quando invece le piantagioni, costruzioni e opere sono state realizzate da un terzo con materiali a lui appartenenti, il proprietario del fondo può conservarne la proprietà oppure obbligare il terzo a toglierle. Se il proprietario del fondo esige la loro soppressione, questa è eseguita a spese del terzo, senza alcuna indennità per lui e il terzo può anche essere condannato al risarcimento dell'eventuale pregiudizio. Se invece preferisce conservare la proprietà delle costruzioni, piantagioni e opere, deve, a sua scelta, rimborsare al terzo una somma uguale all'aumento di valore del fondo, oppure il costo dei materiali e il prezzo della manodopera stimata alla data del rimborso, tenuto conto dello stato delle cose. Se però le piantagioni, costruzioni e opere sono state realizzate da un terzo evitto che, in ragione della sua buona fede, non sarebbe stato condannato alla restituzione dei frutti, il proprietario non potrà esigere la loro soppressione, bensì avrà solo la scelta di rimborsare al terzo l'una o l'altra delle somme appena citate. Tenendo fermo il principio di fondo dell'accessione, questi articoli dirimono quindi i conflitti d'interessi derivanti dalla costruzione con materiali non del proprietario.

Nella redazione originaria del *Code civil* c'era anche un articolo 664, collocato nella disciplina delle servitù legali, in particolare tra le norme concernenti il muro e il fossato comuni di confine, che disponeva che quando i differenti piani appartenevano a diversi proprietari, se i titoli di proprietà non regolavano essi stessi le modalità delle riparazioni e delle ricostruzioni, esse dovevano essere fatte così: le mura portanti e il tetto a carico di tutti i proprietari, ciascuno in proporzione del valore del piano a lui appartenente; il proprietario di ogni piano occupandosi del pavimento su cui cammina; il proprietario del primo piano occupandosi della scala che vi conduce, il proprietario del secondo piano occupandosi della scala che, a partire dal primo, porta da lui e così via. Tale articolo è stato abrogato nel 1938, con il primo tentativo di disciplina della comproprietà immobiliare e,

con l'evolvere della regolamentazione in materia, essa non è più rientrata nel testo codicistico, dando luogo a un blocco di legislazione speciale dalla consistenza via via crescente, chiamato a normare situazioni sempre più diffuse nella vita di città. Ispirato agli assetti, allora piuttosto marginali, esistenti in alcune città della Francia, l'abrogato articolo 664 testimonia una certa pragmatica flessibilità dei codificatori rispetto all'ideologica graniticità del principio dell'accessione. Collocato altrove rispetto alla disciplina dell'accessione, da cui come si è osservato è stata ricavata in negativo la sopravvivenza della figura del diritto di superficie, l'articolo 664, senza far riferimento a tale quadro teorico, sancisce una possibilità di dissociazione giuridica dell'immobile direttamente ispirata alla realtà fattuale e destinata a una prorompente espansione, con lo sviluppo delle regole della comproprietà immobiliare, che hanno sempre tenuto ferma la sua pragmatica estraneità, nelle ricostruzioni correnti degli studiosi, alla semiclandestina figura della superficie.

Si osserva pertanto la mancanza di una disciplina generale positiva del diritto di superficie, dovendosi ricavare i connotati complessivi dell'istituto negli spiragli lasciati dalle regole codicistiche in tema di accessione. Nella debolezza di tale prospettiva generale, tanta più autonomia acquisiscono nell'ordinamento francese le singole manifestazioni della superficie, che si vedranno talvolta tipizzate con normativa più o meno disponibile per opera del legislatore, talvolta viventi nella prassi contrattuale sotto la vigilanza della giurisprudenza e con qualche sporadico intervento normativo volto a regolare singoli aspetti delle fattispecie.

B. *Il modello belga*

In Belgio, una serie di vicende storiche ha fatto sì che il Codice napoleonico sia tuttora in vigore, con alcune modifiche intervenute nel corso del tempo (ma in una versione persino complessivamente più fedele di quella oggi riscontrabile in Francia). Nel campo della disciplina dei beni, il diritto di superficie è uno degli ambiti che maggiormente differenziano il Belgio dalla Francia,

in quanto esso, sin dal 10 gennaio 1824[49], dispone di una specifica regolamentazione legislativa dell'istituto, che si affianca agli articoli del *Code* da cui i giuristi francesi hanno dovuto desumere in via indiretta la sussistenza della superficie. La regolamentazione belga si distingue dunque spiccatamente dal silenzio francese ed è rimasta sostanzialmente immutata, in un'atmosfera di desuetudine, finché, facendo seguito a un certo recupero dell'istituto da parte della pratica (per esempio, nel campo dell'installazione di pannelli fotovoltaici), attirata dalla flessibilità delle operazioni di scomposizione immobiliare da esso consentite, una riforma è recentemente intervenuta a precisare e modernizzare la disciplina, con la legge n. 2014-04-25/23 del 25 aprile 2014. Ulteriori innovazioni potrebbero presto derivare, come si vedrà, dalla proposta di riforma del diritto belga dei beni attualmente in discussione[50].

L'istituto è ora definito, al primo articolo della legge, come il diritto reale che consiste nell'avere degli edifici, opere o piantagioni, in tutto o in parte sopra, al di sopra o nel disotto[51] del fondo altrui; esso può essere costituito da ogni titolare di un diritto reale immobiliare, nei limiti del proprio diritto. La disciplina continua negli articoli seguenti. Il titolare del diritto (sottoposto a trascrizione) può alienare e ipotecare lo stesso, nonché gravare di servitù i beni oggetto delle sue prerogative, per la sola durata del periodo in cui è titolato a goderne. Il diritto di superficie può essere stabilito per un periodo massimo di cinquant'anni, salva facoltà di rinnovo: è la sola disposizione dichiarata, a differenza del resto, inderogabile. Finché dura il diritto, il concedente o il suo avente causa non possono impe-

[49] Quindi, una normativa emanata dal legislatore dei Paesi Bassi prima della successiva separazione, per regolare pratiche presenti nel Paese, e mantenuta in vigore dopo l'indipendenza.

[50] Proprio nei giorni in cui è in corso la revisione di bozze della presente monografia, il 30 gennaio 2020 il legislatore belga ha infine fatto propria una proposta di legge di ri-codificazione del diritto dei beni, nel più ampio quadro della redazione di un nuovo Code civil in Belgio. Trovano così conferma le osservazioni che si sono fatte nel corso della trattazione in merito alle evoluzioni di tale ordinamento giuridico, con particolare riferimento al diritto di superficie.

[51] La possibilità di un diritto di superficie nel sottosuolo era controversa prima della riforma.

dire al superficiario di distruggere o di togliere le costruzioni o piantagioni, purché questi ne abbia pagato il valore al momento dell'acquisto o purché siano state da lui realizzate e il fondo sia riconsegnato nello stato in cui si trovava prima di tale realizzazione. Alla scadenza del diritto, la proprietà delle costruzioni o piantagioni passa al concedente o suo avente causa, tenuto a rimborsarne il valore attuale al titolare del diritto di superficie, cui spetterà il diritto di ritenzione fino al rimborso, ma, se non pagato al momento dell'acquisto il valore delle costruzioni o piantagioni preesistenti, il riacquisto avverrà senza il pagamento di alcuna indennità. Proprio in relazione a tali opere preesistenti, nel quadro normativo belga si è posta la questione della natura del diritto del superficiario su di esse, con posizioni oscillanti tra un diritto di proprietà, un diritto di godimento analogo a quello dell'enfiteuta o un diritto di godimento più limitato, pari a quello del superficiario sul suolo[52]. Il diritto si estingue, tra l'altro, oltre che alla scadenza del termine, per confusione, distruzione del fondo e prescrizione trentennale.

La differenza con il modello francese è profonda e ha origine nel fatto stesso che in un caso la superficie sia espressamente regolata e nell'altro no; è pur vero che la disciplina belga è largamente dispositiva, lasciando il campo a differenti accomodamenti. Ma questa importante diversità a monte ha influito sulla stessa concezione dell'istituto nei due ordinamenti giuridici. Le soluzioni operative possono comunque in vari casi coincidere

[52] V. H. De Page, R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, *Les biens (deuxième partie)*, Bruxelles, 1953, n. 693; J. Hansenne, *Les biens. Précis*, t. II, Liège, 1996, n° 1249; P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, p. 379: "Les arguments invoqués contre l'analyse en termes de propriété sont les trop grandes restrictions dont ferait l'objet ce prétendu droit de propriété […]. Selon nous, cette situation toute particulière est en quelque sorte extra-systémique, une trace de l'histoire. Le législateur néerlandais, on l'a dit, avait les yeux rivés sur la pratique ; il inclut dans les cas de superficie non seulement la situation où le preneur avait le droit de construire mais aussi le cas où il pouvait reprendre les constructions qui existaient déjà lors de son entrée en jouissance. Et, dans la foulée, il prévoit, très concrètement et dans une logique économique, des solutions particulières sur le plan de l'indemnité et du pouvoir de démolition, sans songer davantage à la nature du droit ainsi créé et probablement, dès lors, sans songer à faire de distinction. Nous plaiderions donc pour une conception unique, en termes de propriété, tout en respectant, sauf convention contraire, les contraintes édictées par le législateur".

con quelle adottate in Francia, dove, nella più radicale flessibilità causata dal silenzio del legislatore, hanno dato luogo a pratiche molto diverse secondo lo schema di operazione di volta in volta adottato. A risultati simili, sottraendo una serie di situazioni al campo di applicazione della legge sul diritto di superficie, si è d'altronde giunti anche in Belgio, come si approfondirà, attraverso la differenziazione in via interpretativa tra superficie a titolo principale (alla quale si è circoscritta la sfera di applicazione della legge) e superficie-conseguenza. Nelle ipotesi di superficie a titolo principale, la regolamentazione unitaria belga giova alla risoluzione secondo canoni definiti di controversie sui punti non risolti dal titolo, perlopiù convenzionale. Due elementi specifici di diversità strutturale spiccano in ogni caso: la possibilità di costituire un diritto di superficie da parte di titolari di diritti reali di godimento minori, naturalmente nei limiti del proprio diritto, e, soprattutto, la durata del diritto imperativamente circoscritta a 50 anni. L'assetto del condominio forzoso degli edifici non è ricondotto in Belgio all'istituto della superficie ed è attualmente disciplinato direttamente nel testo codicistico, agli articoli 577-3 e seguenti, con la formazione di "lotti di comproprietà": si tratta di una modalità organizzativa che si approfondirà più avanti nello studio dell'ordinamento francese.

C. *Il modello italiano*

Nel Codice civile italiano, alla proprietà é dedicato il terzo libro, invece che il secondo come in Francia. A partire dal contenuto stesso del diritto di proprietà[53], la fisionomia generale dell'istituto dominicale, più moderna e influenzata dalle riflessioni in materia di funzione sociale, si distanzia percettibilmente dall'assolutismo proprietario di cui l'articolo 544 del *Code civil*

[53] Art. 832 C.c.: "Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento"; gli articoli immediatamente successivi, nelle disposizioni generali relative alla proprietà, sono dedicati a "atti d'emulazione", "espropriazione per pubblico interesse", "requisizioni", "vincoli ed obblighi temporanei", "ammassi", "espropriazione di beni che interessano la produzione nazionale o di prevalente interesse pubblico", "beni di interesse storico e artistico".

aveva costituito il paradigma. Nel terzo libro, dopo un titolo primo, riferito ai beni, e un secondo, riferito alla proprietà, si hanno un titolo terzo dedicato alla superficie e un quarto all'enfiteusi, che aprono quindi la disciplina dei diritti reali minori, essendovi normati per primi. Mentre l'enfiteusi era già regolata, sia pure con una diversa collocazione sistematica, nel precedente testo del 1865, che già in questo modo si era discostato dall'ordinamento d'oltralpe, un'espressa e specifica disciplina del diritto di superficie rappresentava un elemento d'innovazione di rilievo del legislatore del 1942 anche nel panorama italiano. Regole dedicate al diritto di superficie si riscontrano in varie posizioni, per esempio nell'articolo 2810, n. 3, che ne afferma l'ipotecabilità[54], utile a consentire al costruttore un più agevole ricorso al credito[55], e nel 2643, n. 2, che prescrive che i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di superficie sono soggetti a trascrizione, ma la gran parte di esse si colloca nel suddetto titolo, composto dagli articoli da 952 a 956. Si evidenzia la brevità di tale disciplina, in particolare per quanto riguarda il rapporto superficiario, a differenza di altri diritti reali di godimento regolati dagli articoli seguenti: può in ciò osservarsi un carattere che è ancor più esaltato dal diritto di superficie nel modello francese, ovvero il venire in rilievo decisivo del titolo, perlopiù convenzionale, nella determinazione del contenuto effettivo del diritto reale attribuito[56].

L'ambiguità del ruolo dell'accessione nel *Code civil* francese, in bilico tra modo di acquisto della proprietà (articolo 712) e diritto (articolo 546), che il Codice civile italiano del 1865 sembrava risolvere in favore della seconda opzione (arti-

[54] Sulla possibilità del superficiario di conferire a sua volta a terzi altri diritti reali sull'oggetto del proprio diritto, cfr. *Cass. civ., sez. II, 9 dicembre 1989, n. 5456*, per un diritto di uso.

[55] V. *Codice civile: testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943, n. 1135, pp. 265-266.

[56] Cfr. U. Morello, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali,* vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010, p. 156; A. Fusaro, *Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, pp. 517 ss.; G. Musolino, *La superficie. Contenuto del diritto e poteri del superficiario e del proprietario del suolo*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 791 ss.

colo 710), è invece definitivamente risolta nel Codice attuale in favore della prima, come modo di acquisto della proprietà (articolo 922). La sezione II (articoli da 934 a 947) del capo III ("Dei modi di acquisto della proprietà") del titolo II ("Della proprietà") del libro III del nostro Codice civile è intitolata "Dell'accessione, della specificazione, dell'unione e della commistione", tenendovi fuori l'occupazione (regolata con l'invenzione nella Sezione I) e tanto più i frutti (articoli 820-821), testimoniando una certa demitizzazione della granitica – e ideologica – teoria unitaria dell'accessione francese, corredo della nozione di proprietà che i codificatori del 1804 avevano voluto far propria: una presunta unitarietà concettuale dell'accessione a cui la nostra dottrina aveva già indirizzato critiche avvedute[57]. All'inquadramento e alla specifica regolamentazione degli articoli dell'attuale Codice civile italiano in materia di diritto di superficie, funge da premessa logica l'articolo 934, riferito all'accessione immobiliare, secondo il quale, con formulazione più discreta e pragmatica degli omologhi articoli francesi 552 e 553, qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge[58], nonché salvo quanto puntualmente disposto dalle regole in tema di opere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui[59], opere fatte da un terzo con materiali altrui ovvero propri e occupazione di porzione di fondo attiguo (ipotesi di accessione invertita, su cui

[57] G. Gorla, *L'accessione nel diritto civile italiano (contributo alla dottrina dei modi d'acquisto della proprietà)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1931, pp. 87 ss.

[58] Cfr. M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, p. 88: "la disposizione dell'art. 934 non detta più una mera presunzione di appartenenza, come l'art. 448 C.c. 1865, costituendo essa stessa previsione sostanziale, attributiva del diritto".

[59] Art. 935 del C.c., ammettendo, a differenza dell'art. 554 del *Code civil*, la possibilità di separazione: "Il proprietario del suolo che ha fatto costruzioni, piantagioni od opere con materiali altrui deve pagarne il valore, se la separazione non è chiesta dal proprietario dei materiali, ovvero non può farsi senza che si rechi grave danno all'opera costruita o senza che perisca la piantagione. Deve inoltre, anche nel caso che si faccia la separazione, il risarcimento dei danni, se è in colpa grave. In ogni caso la rivendicazione dei materiali non è ammessa trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell'incorporazione".

si avrà modo di tornare). Quanto alle opere fatte dal terzo, se con materiali propri (articolo 936),

il proprietario del fondo ha diritto di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle. Se il proprietario preferisce di ritenerle, deve pagare a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore recato al fondo. Se il proprietario del fondo domanda che siano tolte, esse devono togliersi a spese di colui che le ha fatte. Questi può inoltre essere condannato al risarcimento dei danni. Il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni ed opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione o quando sono state fatte dal terzo in buona fede. La rimozione non può essere domandata trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell'incorporazione;

se con materiali altrui (articolo 937), disciplinando espressamente anche tale ipotesi,

il proprietario di questi può rivendicarli, previa separazione a spese del terzo, se la separazione può ottenersi senza grave danno delle opere e del fondo. La rivendicazione non è ammessa trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell'incorporazione. Nel caso che la separazione dei materiali non sia richiesta o che i materiali siano inseparabili, il terzo che ne ha fatto uso e il proprietario del suolo che sia stato in malafede sono tenuti in solido al pagamento di una indennità pari al valore dei materiali stessi. Il proprietario dei materiali può anche esigere tale indennità dal proprietario del suolo, ancorché in buona fede, limitatamente al prezzo che da questo fosse ancora dovuto. Può altresì chiedere il risarcimento dei danni, tanto nei confronti del terzo che ne abbia fatto uso senza il suo consenso, quanto nei confronti del proprietario del suolo che in malafede abbia autorizzato l'uso.

La menzionata disciplina delle costruzioni, piantagioni e opere fatte dal terzo con materiali propri sviluppa quella di cui all'articolo 555 del *Code civil*, prevenendo una parte del contenzioso da esso ingenerato, in particolare richiedendosi semplicemente, in Italia, per escludere la possibilità del proprietario di far togliere le cose al terzo, la buona fede di quest'ultimo, intesa come ragionevole convincimento di avere il diritto di costruire[60],

[60] M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 170 ss., con ampia giurisprudenza citata; v. in particolare pp. 170-171: "Si richiede, in sostanza, un errore circa l'altruità del suolo, o almeno sul proprio diritto di costruire, fondato su circostanze obiettive che vanno provate dal terzo costruttore".

ed equiparandovi la realizzazione a scienza e senza opposizione del *dominus soli*. Anche il termine di sei mesi sembra rispondere a esigenze pratiche di semplicità e di certezza delle situazioni giuridiche. Come si vedrà, uno degli elementi di tensione del modello italiano della superficie, variamente affrontato dai diversi autori, consiste proprio nelle zone grigie tra la più larga formulazione delle possibilità di derogare al principio dell'accessione immobiliare e la più stringente nozione di superficie nel cui alveo il legislatore del 1942 ha voluto sistemare il diritto reale.

Venendo alla disciplina propriamente dedicata al diritto di superficie, tra i diritti reali, l'articolo 952, intitolato alla sua costituzione, è della massima importanza nell'inquadramento della nozione dell'istituto fatta propria dal nostro ordinamento giuridico[61]: si tornerà sui dibattiti da cui esso è scaturito e su quelli che esso ha suscitato. La dottrina evidenzia la natura anomala del diritto in esame, in virtù del fatto che esso

> avoca a sé quella funzione derogatoria di norme disponibili normalmente svolta dai negozi giuridici. […] Di solito, infatti, le norme derogabili cedono rispetto a quanto disposto direttamente da un atto negoziale. Le ragioni a fondamento della scelta di attribuire a un diritto e non già ad un accordo il ruolo di fonte della deroga sono senz'altro di ordine storico e sistematico[62].

Il testo prescrive che il proprietario (e solo il proprietario, eventualmente però anche a sua volta divenuto tale in virtù di un diritto di superficie, potendo anche questi attribuire a terzi il diritto reale di sopraelevare la propria costruzione[63]) può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà e, al

[61] Cfr. L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 26: "L'effetto tipico più importante del diritto di superficie è quello di impedire l'acquisto per accessione al dominus soli di qualunque costruzione od opera che altri (concessionario del diritto di superficie, un altro terzo, lo stesso concedente) facesse sul terreno nei riguardi del quale il diritto di superficie è stato concesso".

[62] U. Grassi, *Il diritto di superficie come diritto «derogatorio»: questioni in tema di possesso*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 1142-1143.

[63] V. *Cass. civ., sez. II, 8 ottobre 1962, n. 2874, MFI, 1962, 812*; *Cass. civ., sez. II, 17 maggio 1965, n. 947, MFI, 1965, 279*; *Cass. civ., sez. II, 5 febbraio 1969, n. 364, MFI, 1969, 105*; *Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1971, n. 1674, Il foro it., 1971, I, 2961*; *Cass. civ., sez. II, 20 giugno 1983, n. 4220, MFI, 1983, 878*.

comma successivo, che egli può, del pari, alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo. Proprio la nozione di "fare e mantenere" è alla base di diverse e alternative ipotesi ricostruttive nella dottrina contemporanea, ravvivando i dibattiti già sviluppatisi sotto il Codice del 1865. Quanto alla "costruzione", con l'espressione si dovrebbe intendere non soltanto un edificio in senso stretto, bensì ogni opera dell'uomo infissa al suolo[64]; si vedrà come un'opinione richieda però, perché si abbia un diritto reale di superficie, la permanenza dell'opera. La giurisprudenza ha inoltre ammesso che la superficie possa avere per oggetto la sola parte superiore di un edificio[65] e che un diritto di superficie, estinguibile per prescrizione, possa essere concesso al disopra di un'altra costruzione[66], che funga da base del diritto per costruire nello spazio sovrastante – senza però, come si osserverà, secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, che tale spazio possa essere di per sé oggetto di un autonomo diritto di proprietà – sopraelevando l'immobile esistente[67]. Può ritenersi che, nel caso di

[64] Così in *Cass. civ., sez. II, 8 ottobre 1962, n. 2874, MFI, 1962, 812*.

[65] *Cass. civ., sez. II, 8 ottobre 1962, n. 2874, MFI, 1962, 812*, argomentando "in quanto anche in tal caso si verifica lo scopo e l'effetto naturale del diritto in esame, e cioè quello di impedire il verificarsi dell'acquisto per accessione a favore del dominus soli. Il diritto del superficiario sulla parte della costruzione ceduta si configura come un vero e proprio diritto di proprietà, distinto da quello del restante edificio che rimane all'originario proprietario".

[66] *Cass. civ., sez. II, 23 luglio 1983, n. 6441, RFI, 1983, Superficie, 2, 3107*.

[67] *Cass. civ., sez. II, 5 febbraio 1969, n. 364, MFI, 1969, 105*; v. anche *Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1971, n. 1674, MFI, 1971, 501*: "Il diritto di superficie, di cui all'art. 952 cod. civ., non è solo quello di fare e mantenere al disopra del suolo la proprietà di una costruzione, distinta dalla proprietà del suolo, ma anche quello di erigere, sopra un già esistente edificio altrui, una costruzione distinta dalla proprietà dell'edificio medesimo". I rapporti tra diritto di superficie e diritto di sopraelevazione del condominio sono in generale controversi. Per *Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 1987, n. 1916*: "nella ipotesi di cessione in proprietà ad un terzo del lastrico solare e del diritto di sopraelevazione, effettuata da chi ne era titolare anteriormente alla costituzione del condominio, non solo il lastrico solare rimane escluso dalla presunzione legale di proprietà comune ai condomini, in virtù del titolo preesistente, ma nel caso di sopraelevazione, il nuovo lastrico rimane di proprietà del proprietario del precedente lastrico, indipendentemente dalla proprietà della costruzione. Infatti il diritto di superficie, a meno che il titolo non ponga un limite di altezza al divieto di costruire, non si esaurisce con la erezione della costruzione sul lastrico, né il nuovo lastrico si trasforma in bene condominiale, poiché il titolare della superficie, allorché eleva una nuova costruzione, anche se entra automaticamente nel condominio per le parti comuni ad esso, ha un solo obbligo nei confronti dello stesso e

cioé quello di dare un tetto all'edificio, ma resta sempre titolare del diritto di sopralzo, che come si è visto è indipendente della proprietà del suolo"; *Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2006, n. 4258*; *Cass. civ., ss.uu., 30 luglio 2007, n. 16794*; *Cass. civ., sez. II, 22 maggio 2012, n. 18822*; concependo invece come rapporti di alterità quelli tra diritto di superficie e diritto di sopraelevare riconosciuto dall'articolo 1127 del C.c. al proprietario dell'ultimo piano e del lastrico solare, v. *Cass. civ., sez. II, 17 maggio 1965, n. 947, MFI, 1965, 279*: "Nel caso di edificio in condominio, la proprietà della colonna d'aria è condominiale, mentre il diritto di sopralzo spetta, salvo patto contrario, al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico"; ancora, secondo *Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2004, n. 22032*: "nel codice, con formula ineccepibile, si fa menzione della proprietà esclusiva del lastrico solare; non si parla, tuttavia, di proprietà della cosiddetta "colonna d'aria", che è formula ambigua introdotta dalla giurisprudenza, perché la colonna è il mezzo con cui si esercita la proprietà del lastrico, tramite il diritto di soprelevazione o la costituzione del diritto di superficie a favore di terzi". In dottrina, cfr., G. Musolino, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie*, in *Rivista del notariato*, 2005, I, pp. 245-247: "la colonna d'aria, configurandosi come proiezione verso l'alto dell'area sottostante, spetta al proprietario di questa, con la conseguenza che lo spazio aereo sovrastante una determinata costruzione si deve considerare comune qualora l'area sottostante sia comune"; G. Branca, *Comunione, condominio negli edifici, art. 1100-1139*, VI ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1982, p. 517, nota 6; G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni,* Milano, 1998, pp. 83-85; L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 948; A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi,* Milano, 2004, pp. 423-430; v. anche M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 300-301, che riconducono il diritto di sopraelevazione, nel suo normale atteggiarsi, cioè quando è riconosciuto al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, a una proprietà separata, mentre a un diritto di superficie quando consentito da tale proprietario in favore di un terzo; altrove, ancora, si è affermato che solo tutti i condomini possono concedere a un terzo il diritto di superficie sopra la costruzione, differenziandosi dalla facoltà dell'articolo 1127, il cui titolare non può in alcun modo alienare la stessa: C. Trinchillo, 2002, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio. Il diritto di sopraelevazione previsto dall'art. 1127 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2002, I, pp. 1169-1172; invece, per G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1473, il diritto di sopraelevazione di cui all'art. 1127 è esso stesso di tipo superficiario piuttosto che una mera emanazione del diritto di proprietà; nello stesso senso, G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 579-580, nota 21. In tali ipotesi di superficie sopra un edificio, in merito ai rapporti con il terreno, dall'Autore qualificato oggetto mediato del diritto, v. G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 96-97. Sulla prospettabilità di un'operazione assimilabile nel diritto francese, cfr. C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 7, n. 46: «On peut cependant se demander s'il est possible de conclure un bail à construction pour surélever un bâtiment déjà existant et couvrant ou non d'ailleurs la totalité du terrain. Que la surélévation constitue une construction nouvelle n'est pas douteux, mais là n'est pas la question ; elle concerne le terrain. Celui-ci doit, pour que l'opération puisse être réalisée, être grevé d'un droit réel immobilier au profit du constructeur. Ce n'est certes pas impossible, mais supposerait que le propriétaire du terrain et du bâtiment existant trouve un réel intérêt à la surélévation de celui-ci».

diritto di superficie attribuito sopra un edificio organizzato in condominio, il superficiario non divenga di per sé partecipe delle entità comuni (tra cui il terreno) ai piani sottostanti, oltre quanto necessario per il sostegno statico della propria costruzione[68]. Se l'ultimo piano è diviso in più appartamenti con diversi titolari, ognuno di essi ha la facoltà di sopraelevare, il suo diritto estendendosi relativamente alla proiezione verticale della sua proprietà sull'ultimo piano, cioè allo spazio sovrastante l'appartamento[69].

L'acquisto della proprietà dell'opera da parte del costruttore avviene secondo l'opinione maggioritaria a titolo originario, avendo per oggetto una cosa nuova, mai prima appartenuta ad alcuno e prodotta con il lavoro umano[70]: come tale, rientra fra gli altri modi di acquisto della proprietà stabiliti dalla legge di cui all'articolo 922[71], oppure, come manifestazione ed esecuzione del diritto reale di edificare originariamente costituito,

[68] M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 292-293; cfr. C. Trinchillo, 2002, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio. Il diritto di sopraelevazione previsto dall'art. 1127 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2002, I, pp. 1162-1164; ma v. *Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 1987, n. 1916*.

[69] *Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2006, n. 4258*.

[70] L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 20-21.

[71] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 479-480; L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 21-22, nota 3, non concorda nell'invocare gli "altri modi stabiliti dalla legge" dell'articolo 922, fondando piuttosto l'acquisto a titolo originario sul richiamo dello stesso articolo ai principi di accessione e specificazione, una volta neutralizzato dal diritto di superficie l'operare dell'accessione in favore del *dominus soli*; contrari proprio alla tesi dell'acquisto a titolo originario, G. Piazza, *«Jus ad aedificandum» ed acquisto della proprietà superficiaria*, in *Studi in onore di Leonardo Coviello*, Napoli, 1978, pp. 339 ss.; A. de Cupis, *Brevi osservazioni sul diritto di edificare e sulla proprietà superficiaria*, in *Giustizia civile*, 1986, II, pp. 23-24; M. Bessone, M. Di Paolo, *Superficie (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 2: "Si pensi ad esempio ad un termine o condizione risolutiva opposta al diritto di proprietà del suolo. Se si accogliesse la tesi dell'acquisto originario, la scadenza del termine o il verificarsi della condizione non sarebbe opponibile al titolare della costruzione, il che è manifestamente assurdo"; essi propongono pertanto di articolare la vicenda acquisitiva della proprietà da parte del titolare dello *ius aedificandi* come acquisto a titolo derivativo-costitutivo; a tali considerazioni replicano M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 148, che esse "se bastano a far ritenere che nei casi esaminati il diritto del superficiario verrebbe a decadere, non sono sufficienti a far rientrare la costituzione dello stesso nei modi di acquisto a titolo derivativo".

si limita a estenderne la portata alla costruzione eseguita in maniera analoga all'operare del meccanismo dell'accessione immobiliare[72].

L'articolo 953 riguarda la costituzione a tempo determinato del diritto, prevedendo, in tale caso, che allo scadere del termine il diritto di superficie si estingua e il proprietario del suolo diventi proprietario della costruzione; anche se non è consentito all'autonomia negoziale delle parti derogare all'accessione automatica che si determina per la scadenza del termine[73], esse possono invece decidere sulla gratuità o meno della devoluzione, sull'onere delle spese per il caso di demolizione e sull'eventuale diritto del superficiario sui materiali[74]. L'articolo 955 concerne le costruzioni al disotto del suolo, estendendo l'applicazione delle precedenti disposizioni anche al caso, ormai abbastanza diffuso per realizzare dei parcheggi, in cui è concesso il diritto di fare e mantenere costruzioni al disotto del suolo altrui[75]; in tali ipotesi, la restrizione delle utilità dominicali di sfruttamento del suolo risulterà generalmente più contenuta che in caso di diritto di superficie su elementi che si trovano sopra il suolo. Se, da un lato, è pacifica la possibilità per il proprietario del suolo di conferire il diritto reale di costruire nel sottosuolo così come quella di alienare la costruzione già esistente nel sottosuolo, dall'altro

[72] M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 149.

[73] Ma per una parte della dottrina, che distingue la figura della proprietà separata sulla costruzione, questa potrà anche sopravvivere all'estinzione del diritto di superficie, se così convenuto in deroga alla disposizione di cui all'art. 953: v. L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 952; G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 5-6.

[74] *Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 1980, n. 1369, Rep. giust. civ., 1980, II, 3442.*

[75] Su cui v., in particolare, *Cass. civ., sez. II, 21 aprile 2004, n. 7655*: "questa S.C., con riferimento ad una controversia per certi versi simile (sent. 16 settembre 1981 n. 5130) ha affermato la possibilità di configurare una titolarità della proprietà frazionata in senso orizzontale nel sottosuolo, distinta dalla proprietà del suolo.

In tale ipotesi il rapporto tra le due proprietà va qualificato come servitus oneris ferendi, essendo il fondo sottostante tenuto a sopportare il peso dell'edificio soprastante". Mulini, bagni e altri edifici galleggianti assicurati alla riva non possono essere oggetto di concessione superficiaria, in quanto essi non si trovano né sopra, né sotto il suolo e non possono pertanto neanche essere oggetto di acquisto per accessione: v. L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 36.

lato incontra opposizione la possibilità di un'alienazione della proprietà stessa del sottosuolo, in mancanza di costruzioni già realizzatevi[76]. Tale ipotesi è da lungo tempo ammessa da giudici e studiosi francesi, sorta di premessa logica della più recente e più sofisticata manifestazione d'oltralpe del diritto di superficie come proprietà di volumi. D'altronde, con maggiore nettezza proprio la possibilità di essere proprietario di un volume d'aria, uno spazio sovrastante il suolo, è stata respinta dalla nostra giurisprudenza.

Infine, l'articolo successivo, con norma non retroattiva[77] secondo un'interpretazione avallata dalla Corte costituzionale[78], esclude la possibilità di costituire o trasferire la proprietà delle piantagioni separatamente dal suolo[79]. La Relazione al Re sul libro della proprietà vedeva nel diritto di superficie per le piantagioni una situazione di promiscuità fonte di contrasti perenni tra proprietario del suolo e superficiario, con danno per la prosperità dell'agricoltura[80]. Il termine "piantagioni" si è inteso in dottrina

[76] Così, ritenendo che l'art. 955 non deroghi alla disposizione di cui all'art. 840 (in tema di estensione al sottosuolo della proprietà del suolo), a differenza delle disposizioni su miniere, cave, torbiere, antichità, belle arti, acque, ecc., G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 510-512; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 135-138; C. Tenella Sillani, Il *diritto di superficie e la proprietà superficiaria*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015*, in *I quaderni della fondazione del notariato*, 2015, pp. 53-57; *Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 1956, n. 3414, RFI, 1956, Miniera, 35, 1790*; *Cass. civ., 24 novembre 1970, n. 2476, Giustizia civile, 1971, I, 251; Cass. civ., sez. II, 28 giugno 1979, n. 3634, MFI, 1979, 735*; *contra*, con una lettura più vicina a quella dominante in Francia, *Cass. civ., sez. II, 7 gennaio 1980, MFI, 1980, 24*; *Cass. civ., sez. II, 6 aprile 1987, n. 3318*; *Cass. civ., sez. II, 15 aprile 1999, n. 3750*; *Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2004, n. 22032*; *App. Caltanissetta, 7 aprile 1956, RFI, 1956, p. 2940, usucapione, 8*; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965, pp. 550-551; G. Branca, G. Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, VII ed., Bologna, 1992, p. 167; sembra deporre in tal senso anche *Cass. civ., 8 luglio 1977, n. 3054, MFI, 1977, 569*.

[77] *Cass. civ., sez. II, 22 agosto 1949, n. 2386, MFI, 1949, 484*; *Cass. civ., sez. II, 7 luglio 1962, n. 1779, MFI, 1962, 536*; *Cass. civ., sez. II, 2 ottobre 1970, n. 1780, MFI, 1970, 566*.

[78] *Corte cost., ord. n. 598 del 12/31 maggio 1988*.

[79] Cfr. *Cass. civ., sez. II, 19 luglio 1973, n. 2122, Il foro it., 1974, I, 1495*.

[80] *Codice civile: testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943, n. 446, p. 94; per una critica della scelta del legislatore, F. Ferrara, *La superficie delle piantagioni*, in

in maniera più o meno ampia, qualcuno comprendendovi ogni coltura vegetale e ipotesi di concessione *ad plantandum*[81], altri escludendone quantomeno degli alberi isolati, potendo allora il titolo derogare alla previsione di accessione immobiliare dell'articolo 934 del Codice[82]. In ogni caso, sembra definitivamente venuta meno la riconducibilità del cosiddetto diritto di macchiatico alla figura della superficie – laddove questo invece poteva avvenire, come in Francia, sotto la vigenza del nostro Codice del 1865[83] – potendo esso ormai assumere la sola veste di un diritto personale di godimento[84]. A differenza delle piantagioni, su cui grava l'esplicito divieto, altre ipotesi tradizionali sono da molti ricondotte al diritto di superficie quale codificato nel

Rivista di diritto agrario, 1941, I, pp. 113 ss.

[81] G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 108-109; L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 95-102, che, nel quadro dell'impostazione teorica tripartita della superficie, difesa dall'Autore, escludendo ogni ipotesi di diritto di superficie su vegetali, ammette però la possibilità di una proprietà separata degli stessi, a corredo di un diverso diritto reale o finanche personale attributivo di un godimento del suolo, in una configurazione che ricorda in qualche modo quanto si vede all'opera in Francia.

[82] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 516-519; è di particolare interesse la ricostruzione offerta dall'Autore (pp. 518-519): "non vedrei difficoltà ad ammettere che alberi isolati possano essere oggetto di proprietà separata da quella del suolo. Non si deve credere tuttavia che, in tale ristretto ambito, sia possibile configurare un autentico diritto di superficie, inteso come diritto reale sui generis di piantare e di mantenere le piante nel suolo altrui. Come si è detto, non basta che sia escluso il divieto di proprietà separata perché sia riconosciuto nello stesso tempo il diritto di superficie, ma occorre un'esplicita disposizione legislativa la quale invece, riguardo ai vegetali, manca", gli alberi in proprietà separata dovendosi allora ritenere, in tale ottica, non accompagnati da un diritto reale sul suolo, ma (p. 519) "soltanto da un rapporto obbligatorio o, tutt'al più, da una limitazione legale della proprietà del suolo".

[83] V. *Cass. civ., sez. II, 4 marzo 1941, MFI, 1941, 129*: "Nel sistema del nostro diritto positivo è ammessa una disintegrazione del diritto di proprietà, relativo ad un immobile, in autonome e distinte forme di godimento incidenti separatamente sul sottosuolo, sul suolo e sul soprassuolo e corrispondenti a distinte titolarità soggettive. Il diritto di macchiatico costituisce una forma di proprietà superficiaria"; *Cass. civ., sez. II, 13 settembre 1948, n. 1599, MFI, 1948, 333*; su simili ricostruzioni del diritto di macchiatico, cfr. le osservazioni critiche di F. Ferrara, *Diritto di macchiatico e superficie (commento a Cass. civ., sez. II, 5 luglio 1929)*, in *Il foro it.*, 1929, I, cc. 1041 ss.

[84] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 520-521.

1942: diritto su palco in teatro[85], su banco in chiesa[86], oltre allo *ius sepulcri*[87] e al diritto sulle cappelle private o gentilizie[88]. Secondo l'impostazione dominante, anche per gli impianti ferroviari e tranviari (rotaie, stazioni, baraccamenti, ecc.), nonché per quelli necessari al funzionamento delle filovie che insistono sul suolo di altri, s'instaura un diritto di superficie[89].

L'inquadramento della superficie nel Codice civile italiano nel sistema dei diritti reali, con l'istituto emblematicamente interposto tra la proprietà e i diritti reali limitati di godimento su cosa altrui, assesta nel sistema vigente la sua collocazione nel novero di questi ultimi, senza che – al netto della messa in discussione, che si approfondirà, della categoria in sé dei diritti reali, almeno come tradizionalmente concepita – questa appaia più, per tale aspetto, oggetto d'incertezze. Il diritto di superficie

[85] Regolato dalla legge n. 1336 del 26 luglio 1939; tale forma di proprietà, riconosciuta dal legislatore, può essere ricondotta concettualmente al diritto di superficie, per esempio, secondo G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 101-102; G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 483-484; L. Barbera, *Palco (diritto di)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, pp. 587-589; *Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2004, n. 2100*; *contra,* L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 37 (a favore di una forma particolare di proprietà separata); *Cass. civ., sez. I, 17 marzo 1955, n. 791, MFI, 1955, 168*.

[86] Per l'assimilazione, A. Guarneri, *La superficie, artt. 952-956*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile commentato*, Milano, 2007, p. 158; aprono alla realità del diritto R. Sacco, R. Caterina, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2014, p. 116; *contra*, L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 37; in ogni caso, senza esprimersi decisivamente sulla qualificazione civilistica superficiaria o meno del diritto, la Cassazione, fondando la decisione sulle preminenti disposizioni concordatarie di diritto pubblico, non ha ritenuto esperibile una tutela reale del diritto nei confronti dell'autorità ecclesiastica, considerando la prerogativa in ogni momento revocabile dalla stessa: *Cass. civ., ss.uu., 9 ottobre 1990, n. 9928*.

[87] Per una panoramica dell'ampio dibattito in giurisprudenza e dottrina, oscillante tra una classificazione del diritto come concessione pubblicistica ovvero di natura privatistica (personale o reale e, in particolare, di superficie) o, ancora, intermedia, v. diffusamente A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 494-515; cfr. A. Reina, *Contributo alla classificazione analitica dei diritti di sepolcro*, Milano, 1947.

[88] Cfr. *Cass. civ., ss.uu, 7 ottobre 1994, n. 8197*; *Cass. civ., sez. III, 15 settembre 1997, n. 9190*.

[89] G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 103-104; *contra*, L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 36, evocando il diverso funzionare dei principi di diritto pubblico rispetto agli archetipi delle figure privatistiche.

si caratterizza allora per gli attributi d'immediatezza (esercizio di potere sulla cosa, direttamente soggetta al titolare del diritto reale, senza il tramite di un'altrui prestazione), inerenza (opponibilità del vincolo a chiunque possieda la cosa o vanti una pretesa su di essa, con un vero e proprio diritto di sequela), assolutezza (tutelabilità del diritto nella vita di relazione, quindi sua esperibilità nei confronti di chiunque lo contesti, lo pregiudichi o sia destinatario dei suoi effetti), con un dovere di astensione incombente su tutti i terzi e tanto più sul proprietario del suolo, tenuto, nell'esercizio dei poteri dominicali di cui è rimasto titolare, a non impedire o rendere più disagevole o oneroso l'esercizio del diritto, tanto prima quanto dopo l'inizio della costruzione[90].

L'articolo 954 contempla l'estinzione del diritto di superficie per scadenza del termine, ricollegandovi la conseguenza dell'estinzione dei diritti reali imposti dal superficiario. I diritti gravanti sul suolo si estendono allora alla costruzione, salvo il disposto del primo comma dell'articolo 2816, in virtù del quale le ipoteche iscritte contro il proprietario del suolo non si estendono alla superficie. Quest'ultimo articolo, collocato tra le regole in tema d'ipoteche, prevede anche che le ipoteche che hanno per oggetto il diritto di superficie si estinguano nel caso di devoluzione della superficie al proprietario del suolo per decorso del termine; se però il superficiario ha diritto a un corrispettivo, le ipoteche iscritte contro di lui si risolvono sul corrispettivo medesimo. Se per altre cause si riuniscono nella medesima persona il diritto del proprietario del suolo e quello del superficiario, le ipoteche sull'uno e sull'altro diritto continuano a gravare separatamente gli stessi. Oltre al già citato articolo 2810[91], in materia d'ipoteche anche il 2812 fa riferimento

[90] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 251, pp. 335-336; M. Bianca, *Diritto civile,* VI: *la proprietà*, Milano, 1999, p. 122.

[91] Quanto all'ipotecabilità, in dottrina si è osservato che essa può concernere un ampio novero di oggetti specifici: la costruzione separata dal suolo, quando conferita in proprietà superficiaria; l'oggetto della concessione *ad aedificandum*, anche se la costruzione non è stata ancora eseguita, estendendosi poi alla stessa; il suolo su cui sia stato costituito il diritto; il sottosuolo separatamente dal suolo; le costruzioni eseguite o da eseguire al disotto del suolo altrui; la cosiddetta proprietà separata per piani

alla superficie, disponendo che per chi ha acquistato tale diritto (o il diritto di enfiteusi) sui beni soggetti a ipoteca e ha trascritto l'acquisto successivamente all'iscrizione della stessa si osservano le disposizioni relative ai terzi acquirenti, tutelando così il creditore ipotecario dal rischio che gli sia opposta la sussistenza dei diritti reali sul bene, purché abbia fatto iscrivere il proprio diritto prima della trascrizione del diritto di superficie. L'articolo 954 contiene una serie di altre disposizioni: i contratti di locazione, che hanno per oggetto la costruzione, non durano se non per l'anno in corso alla scadenza del termine; il perimento della costruzione non importa, salvo patto contrario, l'estinzione del diritto di superficie; il diritto di fare la costruzione sul suolo altrui si estingue per prescrizione per effetto del non uso protratto per venti anni[92]. Si annoverano in via interpretativa una serie di possibili cause di estinzione del diritto, alcune delle quali ricavabili dai principi generali, oltre a scadenza del termine e prescrizione per non uso: consolidazione, avverarsi della condizione risolutiva, rinunzia[93], perimento totale della costruzione (per chi ammette, nella teoria tripartita, la figura a sé della proprietà separata, ma anche, non ammettendo la stessa, se si ammette[94] la possibilità di una deroga convenzionale alla facoltà di riedificare la costruzione perita), perimento totale del suolo, risoluzione consensuale del contratto costitutivo, che richiede a sua volta forma scritta *ad substantiam*[95].

orizzontali (per chi faccia di questa una categoria autonoma); il palco in teatro, ove configurabile come forma di proprietà superficiaria; il diritto sulla cappella gentilizia o familiare, in quanto assimilabile a un diritto di superficie: M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 247-248.

[92] Su cui v., *ex ceteris*, *Cass. civ., sez. II, 16 luglio 1964, n. 1940, MFI, 1964, 502*; *Cass. civ., sez. II, 20 luglio 1987, n. 6364*.

[93] Per queste ipotesi, v. A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 442 ss.

[94] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 614-617.

[95] M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 232; cfr. *Cass. civ., ss.uu., 28 agosto 1990, n. 8878*; *Cass. civ., sez. II, 19 ottobre 1998, n. 10328*.

Capitolo secondo

Un istituto di difficile sistematizzazione

Sezione I. *La superficie tra realità e obbligatorietà nel diritto positivo*

Si sono osservate in sede d'introduzione la genesi della superficie nella sfera obbligatoria e la sua ascesa alla sfera reale. Si vedrà nelle prossime pagine come questo carattere storico marchi tuttora l'istituto nelle regole vigenti, tanto più nel modello francese, dov'è rimasto in una forma fluida, non codificata. Si analizzeranno i tentativi d'inquadramento del diritto di superficie negli ordinamenti presi in considerazione: il costante riproporsi del dibattito, soprattutto dottrinale, sulla sua natura ne denota il carattere complesso e riottoso rispetto alla distinzione dei diritti in reali e personali. Si allargherà pertanto il discorso, in termini generali, alle problematiche e al carattere labile e sovente contestato di quest'ultima classificazione.

Come premessa a tutto ciò, pare utile mettere in evidenza come la problematica e incerta sistematizzazione della superficie venga da lontano e si manifesti già nella denominazione stessa dell'istituto: un'ambiguità semantica storicamente spiegabile, ma cionondimeno motivo di equivoci tra i non addetti alla materia. L'Enciclopedia universale Rizzoli Larousse, nell'enunciare il significato del termine "superficie"[1], scriveva "la parte esterna di un corpo, il contorno che delimita lo spazio occupato da un corpo e lo separa dallo spazio circostante", nonché, nell'uso comune, "estensione della parte che delimita

[1] *Enciclopedia universale Rizzoli Larousse*, v. XIV, Milano, 1971, p. 526.

esternamente un corpo, area", e ancora "la parte superiore di un piano e *in partic.* del globo terrestre, lo strato meno profondo" e lo "strato esterno più o meno spesso di un corpo"; l'edizione minore del dizionario Garzanti definiva lo stesso termine come "ogni estensione in lunghezza e in larghezza; più genericamente, la parte estesa che delimita esternamente un corpo"[2], la cui misura è un'area, come la geometria c'insegna. Nella lingua francese, può farsi un discorso simile: "[s]urface d'un corps, considérée surtout dans son étendue et dans son caractère extérieur. […] Nombre caractérisant l'étendue d'une surface (aire). […] Fig. et littér. Aspect superficiel (opposé à fond)"[3].

Se quindi il significato comune, cui è conforme l'uso nella scienza geometrica, ci rinvia all'ambito dell'estensione bidimensionale, il significato tecnico-giuridico della parola afferisce invece alla prospettiva verticale, alla tridimensionalità dello spazio sovrastante e sottostante il suolo; insomma, a un volume anziché a un'area: una differenza non da poco! È una stranezza che si spiega con il percorso storico dell'istituto, con la sua origine nel tardo diritto romano. Infatti, l'accezione latina di "superficies" è differente, trovandosi tra i principali significati, oltre a quello familiare ai contemporanei, anche "parte superiore", "edificio" o "edifici", "fabbricato" o "fabbricati", "costruzione" o "costruzioni"[4]. Il nome giuntoci per indicare il diritto in esame si rifà dunque piuttosto alla nozione di superficie della lingua latina che a quella propria della lingua italiana o di quella francese. Il giurista specializzato avrà assorbito la definizione tecnica e la dissonanza non gli sarà più d'impaccio, ma l'equivocità del termine permane e può risultare fonte di confusione anche per molti pure generalmente avvezzi al ragionamento giuridico. Sebbene nella presente esposizione si difenda l'attualità del diritto in discorso per rispondere a varie esigenze della società di oggi, non sembra potersi affermare lo stesso sulla sua denominazione. Anzi, alcune delle difficoltà e

[2] *Dizionario Garzanti della lingua italiana*, ed. minore, Milano, 1966, p. 843.

[3] *Le petit Robert de la langue française*, Parigi, 2018, p. 2461.

[4] Cfr. L. Castiglioni, S. Mariotti, *IL: Vocabolario della lingua latina*, p. 1256, III ed., Torino, 1996; G. Campanini, G. Carboni, *Nomen: il nuovissimo Campanini Carboni*, Torino, 1993, p. 1614.

delle ambivalenze concettuali che si riscontrano nel corso della trattazione possono essere dovute o comunque rafforzate pure dall'ambiguità semantica, anche peraltro con il suo alludere al diritto romano, laddove nell'ambito in questione forti sono state le contaminazioni con il diritto consuetudinario germanico, nel dare al diritto di superficie le configurazioni con cui si presenta oggi nei sistemi giuridici studiati. Per esempio, l'uso corrente del termine arcaico di "superficie" può avere contribuito a isolare tra le più diffuse forme di scomposizione giuridica dell'immobile soltanto quelle che sono di volta in volta parse agli autori essersi evolute in maggiore continuità con la *superficies* romana, tendendo più o meno arbitrariamente a escluderne altre (per esempio, il condominio di edifici) percepite come originatesi da diversi ceppi: questa categorizzazione può dunque a sua volta avere contribuito non poco ad alcuni dei dubbi e delle incertezze concettuali che si osserveranno. Pertanto, ammesso e non concesso che si voglia conservare la denominazione corrente dell'istituto[5], sarà bene curare maggiormente la diffusione nel mondo del diritto di una conoscenza critica dell'insufficienza definitoria del termine, affinché la suggestione da esso evocata non infici un più laico approccio all'attuale complessità dei temi coinvolti[6], nella direzione di una lettura unitaria dei fenomeni di scomposizione giuridica dell'immobile, ovvero dei titoli di appartenenza sulle frazioni di esso effettivamente autonomizzabili in quanto di per sé dotate d'indipendenti utilità economiche.

Sottosezione I. *I tentativi d'inquadramento in dottrina: un dibattito mai sopito*

È opportuno esporre dapprima i diversi orientamenti dottrinali nei modelli giuridici presi in considerazione, distinguendo per l'Italia il dibattito sotto il vigore del precedente Codice civile del 1865 da quello sotto il Codice attuale. S'introdurranno dipoi alcune osservazioni critiche sui punti di vista riportati, sulla base non tanto di argomentazioni concettualistiche, quanto alla luce della prospettiva generale del presente studio: di messa in evidenza della rispondenza del diritto di superficie ad alcune esigenze economico-sociali e di valorizzazione, *de iure condito*

e *de iure condendo*, delle ricostruzioni dell'istituto che meglio si addicono a un pieno realizzarsi di queste istanze.

A. *Il dibattito francese*

Il dibattito francese sulla natura del diritto di superficie, di cui si è già accennata l'evoluzione fino all'indomani della codificazione napoleonica, ha continuato a mostrare nel corso del tempo, fino ai nostri giorni, una certa vivacità, quale il carattere multiforme dell'istituto e il suo ingresso nel sistema civilistico per via di mera litote hanno agevolato. Impostazioni diverse ne hanno di volta in volta esaltato, in misura preponderante o esclusiva, ovvero invece cercato di coniugare, l'aspetto di forma di piena proprietà limitata spazialmente al soprassuolo o al sottosuolo oppure quello di diritto reale sul suolo altrui. Tali posizioni sono comunemente raggruppate in moniste ovvero dualiste, sebbene all'interno dei due filoni vi sia poi una varietà di sfumature anche importante e alcune opinioni non siano agevolmente riconducibili né all'uno né all'altro. Si cercherà allora di dare brevemente conto delle diverse sfaccettature del dibattito teorico francese in tema di diritto di superficie, assumendo la classificazione in teorie moniste e dualiste[7] solo come approssimativamente descrittiva di una congerie d'interpretazioni a cui la fluidità del diritto in questione nel modello francese ha lasciato spazio.

a. *Teorie moniste*

Si è descritta l'incertezza seguita alla codificazione francese sulla sopravvivenza stessa e comunque sulla precisa qualificazione del diritto di superficie; si è osservato il pieno recupero in giurisprudenza e in dottrina di una sua nozione autonoma da

[7] Una classificazione alternativa, più semplice ma forse eccessivamente riduttiva delle sfumature esistenti, è quella in tesi realiste e personaliste: v. P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 610-616.

figure come l'usufrutto, la servitù, l'indivisione. Con il sopraggiungere del XX secolo finiva per consolidarsi la concezione della superficie enucleata dalle generazioni di giuristi precedenti, fondata sull'idea di un diritto di superficie come forma particolare di proprietà immobiliare[8], limitata al soprassuolo o al sottosuolo. Planiol, Ripert e Picard definivano il diritto come una proprietà immobiliare, al pari del fondo stesso, e il superficiario come il proprietario di edifici o di piantagioni che riposano su un terreno appartenente ad altri, legittimato a esercitare sull'oggetto del proprio diritto tutte le prerogative dominicali, salvo l'obbligo di non nuocere al diritto del concedente, a sua volta pieno proprietario del suolo e del sottosuolo; di tale ricostruzione essi riscontravano la base giuridica nella derogabilità all'operare dell'accessione ammessa dalla formulazione dell'articolo 553 e nella possibilità di dividere per piani la proprietà di un edificio di cui all'articolo 664 e ne facevano discendere alcuni corollari: la perpetuità di principio – sia pur derogabile dal titolo che lo concede[9] – del diritto del superficiario, non prescritto dal non uso[10], la sua ipotecabilità, l'usucapibilità, l'esclusione del sussistere di uno stato d'indivisione tra i due proprietari, precludendo radicalmente che uno di essi potesse chiedere giudizialmente una divisione del fondo[11]. Similmente argomentavano Colin e Capitant, distinguendo la sovrapposizione di proprietà distinte da ogni situazione di usufrutto o d'indivisione e soffermandosi su una classificazione in diritto di superficie incom-

[8] In cui ciascuno dei due proprietari sovrapposti "a, en principe, le droit d'exercer sur la fraction qui lui appartient toutes les facultés inhérentes à la propriété, sous la condition de respecter le droit de l'autre": G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil,* VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, p. 242.

[9] Sulle limitazioni del diritto del superficiario inerenti al titolo, cfr. E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, pp. 282-283; G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil,* VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, p. 243.

[10] A questo corollario obiettava, sulla base di considerazioni di opportunità economico-sociali, J.-E. Labbé, *Note sous Cass. req., 27 avr. 1891*, in *S.*, 1891, I, pp. 369-370.

[11] M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, *Traité pratique de droit civil français: les biens*, t. III, Parigi, 1926, pp. 314-316; v. anche J. Brissé Saint Macary, *De l'accession artificielle immobilière: essai d'un fondement juridique rationnel*, thèse Bordeaux, 1929, pp. 159 ss.

pleto, limitato ad alcuni oggetti, piantagioni o costruzioni, insistenti sul suolo, ma non all'insieme del soprassuolo, e diritto di superficie completo, vale a dire esteso a tutta la *superficies*[12]. Josserand definitiva l'istituto come un diritto di proprietà immobiliare ristretto al solo soprassuolo o ad alcune cose (costruzioni, alberi) sovrastanti il terreno, sia pure "accessorio e secondario" rispetto al diritto esercitato dal domino del suolo; egli considerava inoltre a parte – sulla base della normativa nel frattempo subentrata alla legge del 1810 – il diritto del concessionario di una miniera, insieme al diritto del concessionario di una sepoltura, quale diritto reale immobiliare di godimento a sé stante, a obiettivo limitato[13]. Altra autorevole dottrina, ancora, considerava il diritto di superficie una proprietà limitata alla superficie del suolo, a quello che si costruisce o a quello che si pianta al disopra del suolo, pur qualificandolo anche, al tempo stesso, come un diritto reale, smembramento (forse, in questo caso inteso in termini piuttosto di dissociazione materiale che di dissociazione di utilità) della proprietà che ne condivide la natura e il carattere; alla superficie era da essi assimilata concettualmente la proprietà del sottosuolo, separata da quella del suolo[14].

Una tale concezione di mera sovrapposizione di proprietà è mantenuta ferma pure da autori più vicini nel tempo[15], che

[12] A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, III ed., Parigi, 1921, pp. 789-790.

[13] L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, II ed., Parigi, 1932, pp. 943-945, pp. 1008-1010.

[14] Ch. Beudant, R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, P. Voirin, *Cours de droit civil français*, t. IV: *les biens*, II ed., Parigi, 1938, pp. 60-61.

[15] Cfr. W. Dross, *Droit des biens*, II ed., Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 299; discutendo di locazioni attributive di un diritto di superficie, v. D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, in *Gaz. Pal.*, 1974, I, *Jurisprudence*, p. 439; nella cornice di un inquadramento teorico della prassi della divisione dello spazio in volumi oggetto di appropriazione esclusiva, cfr. P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1223; P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 571 ss.; J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, pp. 450-452; D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, pp. 731 ss.

hanno ribadito la soggezione del diritto di superficie a tutte le regole della proprietà, eventuali limitazioni temporali potendo solo derivare dal titolo, il superficiario risultando allora proprietario di tutto o parte di quello che si eleva sul suolo, ma non del suolo e del sottosuolo[16]. Anche nella manualistica contemporanea si riscontra sovente la posizione che assimila in pieno il diritto di superficie a un diritto di proprietà, suscettibile di limitazioni soltanto in virtù del titolo, sia pure problematizzando più criticamente il rapporto con il proprietario del suolo[17]. Si è ammessa allora in capo al proprietario superficiario la necessità di un qualche diritto di utilizzo del suolo a cui il suo immobile è incorporato, una situazione giuridica la cui natura e i cui caratteri, sia pure indispensabili all'esercizio del diritto di proprietà e a dare forma allo stesso, non sono interni alla struttura di esso, ma vanno reperiti nel titolo che ne è all'origine, che esplicitamente o implicitamente conferisce al superficiario, sotto

[16] H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 5, pp. 122-123, specificando (p. 123): "Quand aucune limitation n'est apportée aux droits du superficiaire, le propriétaire n'a plus, pratiquement, de droit sur la surface, puisque tout ce qui y est construit ou planté appartient à autrui; son droit est réduit au tréfond".

[17] Cfr. C. Larroumet, *Droit civil,* t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 435 ss.; G. Cornu, *Droit civil – les biens*, XIII ed., Parigi, 2007, p. 248, che specifica la necessità di un ulteriore titolo, solitamente un contratto di locazione, che dia al superficiario un diritto sul suolo; v. anche W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse Nancy II, 2000, pp. 154 ss., il cui "dualismo" sembra ridursi alla necessità esterna di un qualsivoglia diritto del superficiario sul suolo; sembrano lasciare la questione aperta, discorrendo della natura del diritto sui volumi spaziali, P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, pp. 292-293, tuttavia la definizione del diritto che gli Autori propongono (p. 289) si avvicina piuttosto alla teoria monista: "La superficie est le droit réel appartenant à une autre personne que le propriétaire du sol sur ce qui se trouve dessus […] ou dessous"; similmente, per J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, in J. Ghestin (sotto la direzione di), *Traité de droit civil*, II ed., Parigi, 2010, il diritto di superficie è definito come (p. 327) "un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages et plantations sur un fonds appartenant à autrui", ovvero, poco dopo, come (p. 328) "une variété du droit de propriété portant sur des constructions et plantations se trouvant sur le terrain d'autrui", ma ancora, di seguito, dando conto delle critiche a tale impostazione, gli Autori riconoscono le stesse come utili a evidenziare i limiti di un'applicazione integrale al diritto di superficie del regime giuridico della proprietà, essendone esso una manifestazione prettamente eccezionale; per la descrizione di ulteriori sfumature del dibattito, si veda il paragrafo sulla superficie come mero diritto reale sul fondo altrui.

forma di diritto reale o personale, le utilità di godimento del suolo essenziali all'esercizio del suo diritto[18]. Tali impostazioni testimoniano complessivamente la volontà di tenere quanto più possibile ristretto il novero dei diritti reali, nel quadro di un rigido mantenimento del loro *numerus clausus*.

b. *Teorie dualiste*

L'impostazione dualista prende le mosse proprio criticando i limiti esegetici della spiegazione monista[19], più attenta alla salvaguardia dell'individualismo e dell'unitarietà della proprietà codicistica che a una rispondenza a evidenze logiche e di buon senso: si è allora evidenziata la mancanza di realismo della costruzione tradizionale, imperniata sull'idea di un distacco e di una non-interferenza tra le due proprietà sovrapposte, che non coglierebbe la natura complessa del diritto conferito, sintesi di due diversi elementi, uno dei quali porta sulle costruzioni, l'altro sul suolo[20]. I limiti delle teorie moniste emergono anche quando si voglia delimitare il piano di demarcazione tra le due proprietà, laddove le fondamenta e le radici penetrano, anche profondamente, al disotto del suolo, rendendo irrealistica e arbitraria qualunque soluzione di astratta separazione tra i due spazi oggetto di appropriazione[21]. Si è osservato

[18] P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, *passim*, in part. pp. 29-30.

[19] Per una critica dell'impostazione monista, v. diffusamente C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, pp. 123-151, in part. p. 151: "Domaine utile ou démembrement, le droit de superficie est en tout cas si peu un droit de propriété véritable que la coexistence de la superficie et du tréfonds donne naissance au rapport superficiaire. C'est que le droit de superficie ne se résume pas aux liens qui unissent le superficiaire et la superficie, ainsi qu'il en irait si le premier était un propriétaire de droit commun et la seconde l'immeuble qui lui appartient".

[20] J.-P. Bertrel, *L'accession artificielle immobilière: contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie*, in *RTD civ.*, 1994, pp. 768-769.

[21] G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, p. 293, nota 43; le riflessioni dell'Autore lo portano al tempo stesso a respingere insieme con la teoria monista la tesi della proprietà dei volumi, in quanto sarebbero viziate da un fraintendimento tra il diritto, campo dell'astrazione, e l'oggetto del diritto stesso, la cosa, da identificarsi nella sua concretezza.

come la dottrina francese contemporanea, problematizzando la questione del diritto del superficiario sul suolo, si sia già allontanata dalla lettura più classica di un diritto di superficie che si esaurisce in una proprietà separata dal suolo e che in nessun modo interagisce con esso; alcuni autori sono andati al di là di tali argomentazioni e, avvicinandosi a quello che il legislatore italiano del 1942 ha ritenuto di positivizzare, hanno affermato una vera e propria, strutturale, doppia natura del diritto di superficie, dapprima diritto reale sulla cosa altrui, dipoi vero e proprio diritto di proprietà separata, una duplice essenza sempre in ogni caso riconducibile in tutti i suoi elementi compositivi alla sfera della realità. La nuova concezione si fonda allora sull'idea di un rapporto diverso, e strettamente integrato, tra proprietà della costruzione e proprietà del suolo, anche se poi la natura del diritto che il superficiario eserciterebbe sul suolo è stata variamente definita dagli autori. È stata a tale proposito evocata una partecipazione alla proprietà del suolo da parte del superficiario, consistente – più propriamente – in un diritto di costruire (o di piantare) su di esso, a cui si cumulerebbe il diritto di proprietà sulle costruzioni (o piantagioni) in seguito alla loro realizzazione[22]: in tale doppia natura, appunto, risiederebbe il dualismo insito nella nozione. In verità, già alcuni autori e certe pronunce giurisprudenziali del XIX secolo avevano argomentato in favore di una comproprietà[23] o partecipazione al diritto di proprietà del suolo[24] a beneficio del superficiario. Anche in sentenze recenti si riscontrano letture che sembrano presupporre la più moderna teoria dualista[25], pur addentrandosi raramente in

[22] J.-P. Bertrel, *L'accession artificielle immobilière: contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie*, in *RTD civ.*, 1994, pp. 770-771; J. Carbonnier, *Droit civil,* t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, pp. 339-340.

[23] Cfr. *Cass. req., 5 nov. 1866, S., 1866, 441*: "le droit acquis aux défendeurs sur la forêt de la Joux-d'Orchamps était, non pas un simple droit de servitude, d'usage ou d'usufruit, mais un droit de superficie constituant à leur profit la copropriété du sol".

[24] J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 549; *adde*: A. Weiss, *Des droits de superficie, en droit français et en droit romain*, thèse Strasbourg, 1853, pp. 40-41.

[25] V. *Cass. 3e civ., 16 mai 2001, n. 98-70142*: "le bail à construction conférait au preneur, pour la durée du bail, un droit réel immobilier consistant en la disposition du sol mais […] ce droit était limité au projet de construction contractuellement fixé par les parties, puis, ce droit de construire étant consommé, en la propriété des

ricostruzioni teoriche di ordine generale del diritto di superficie e concernendo esse piuttosto le sue singole manifestazioni più diffuse. Altrove, piuttosto che una partecipazione alla proprietà del suolo, o, comunque, la costituzione di un diritto reale su di esso già precedentemente alla realizzazione dell'opera, si è invece evocato un diritto di godimento meramente personale, con l'attitudine alla trasformazione in diritto di proprietà una volta effettuata la costruzione: si approfondirà la problematica della natura del diritto prima che la costruzione veda la luce.

Oltre la natura del diritto, un secondo interrogativo posto dalla teoria dualista è quello di come impostare il rapporto di preminenza tra i due elementi prospettati. Il carattere principale della proprietà delle costruzioni[26], rispetto al diritto di godimento sul suolo, è stato contestato sostenendo, all'opposto, la preminenza dell'aspetto dinamico – il diritto di costruire – su quello statico – il risultato della costruzione – di cui il primo funge da presupposto logico e storico, trasferendo al titolare del diritto (tanto più in caso di superficie totale) il monopolio giuridico dello sfruttamento del soprassuolo[27], ovvero la sua utilità dominicale di maggiore importanza nel mondo contemporaneo. Tenendo insieme l'aspetto di scomposizione in senso materiale dell'immobile e in senso virtuale delle prerogative del proprietario, tale lettura mette quindi l'accento su questo secondo elemento.

c. *La visione del diritto di superficie come mero diritto reale sul fondo altrui*

Si riscontrano anche posizioni intermedie tra le dette teorie, come la qualificazione del diritto di superficie al tempo stesso come diritto reale smembramento della proprietà e come diritto di proprietà *sui generis*, che prende in prestito alcune delle

constructions ainsi édifiées".

[26] Quale emerge dalla prospettazione teorica data da E. Sommier, *La division de la propriété immobilière*, in *JCP N*, 1976, I, *Formules*, n. 2788, par. 6.

[27] G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, p. 774, citando peraltro, a sostegno della propria tesi, autori svizzeri e tedeschi.

proprie caratteristiche alle servitù e che, al pari di esse, e conseguentemente alla propria funzione economico-sociale, dovrebbe essere soggetto a prescrizione estintiva, in quanto secondario e accessorio rispetto al diritto di proprietà del suolo[28]. Altrove, si è proposto di differenziare la natura stessa della superficie a seconda del titolo che vi ha dato luogo[29]: un'intuizione che l'*Avant-projet de réforme du droit des biens*, come si approfondirà, ha recentemente sviluppato con maggiore consequenzialità. Merita una menzione separata, in quanto sviluppata con particolare rigore storico e sistematico, l'impostazione di Zenati-Castaing[30], che, criticando la tesi tradizionale in quanto semplicistica e inadeguata a spiegare il contenuto del diritto prima della realizzazione delle costruzioni, esclude proprio radicalmente la natura dominicale del diritto di superficie e riduce lo stesso a un diritto reale di costruire o di piantare sul suolo altrui. Tale impostazione si pone quindi come una teoria monista all'inverso, nel senso che afferma la natura esclusiva – e non dualista – della superficie ma identifica tale natura in un diritto reale minore. È una tesi che appare maggiormente conforme alla nozione romana del diritto e probabilmente

[28] R. Saint-Alary, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, t. V, Parigi, 1955, pp. 298-299, che ivi definisce il diritto di superficie anche come "le droit, reconnu à un autre que le propriétaire du sol, de jouir et de disposer des choses qui s'élèvent à la surface et y adhèrent : constructions, plantations, ouvrages de toutes sortes".

[29] V. L. Rozès, *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*, Parigi, 1976, pp. 252-253: "En France on a tendance à reconnaître dans la superficie un droit de propriété immobilière et non une variété d'usufruit ou de servitude ; cette dernière orientation correspond avec plus d'exactitude à la situation du locataire ; on ne saurait trop stigmatiser l'attitude qui consisterait à lui permettre d'édifier des constructions ou des plantations, puis, fort de son droit de propriété, à les retirer comme bon lui semblerait au mépris de tout souci d'améliorer l'immeuble ; […] non sans quelques ressemblances avec une sorte de servitude temporaire, le droit de superficie du preneur reste essentiellement marqué d'un caractère accessoire"; v. anche G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens,* Parigi, 1995, p. 239; S. Laporte-Leconte, *Le droit de superficie (fasc. 251-30)*, in *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, 2016, n. 48.

[30] F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: droit de superficie,* in *RTD civ.*, 1995, pp. 656 ss., argomentando, per quanto riguarda il diritto vivente, da *Cons. const., 21 juill. 1994, n. 94-346 DC* (peraltro relativa a diritti su fondi del demanio pubblico); *adde*, F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse Lyon III, 2001.

all'intenzione dei codificatori di recuperare un tale concetto di dominio pieno ed esclusivo in rottura con lo stratificato regime delle situazioni di appartenenza dell'*Ancien droit*: su queste basi, l'Autore riscontra nella teoria monista un fraintendimento dell'istituto classico quale ripreso nel *Code civil* e, nella teoria dualista, un tentativo posticcio di sintesi delle concezioni romana e medievale, a cui ritiene preferibile un recupero della nozione romana "pura"[31]. Corollario della teoria è l'affermazione del carattere non perpetuo, bensì temporaneo del diritto, come gli altri diritti reali minori, con l'eccezione delle servitù: ciò per salvaguardare e tenere ferma la prospettiva di una ricomposizione nella pienezza delle sue utilità del pieno dominio[32]. Da questa ricostruzione è comunque tenuta fuori la situazione in cui una porzione fisicamente appartenente a un immobile sia concretamente riconducibile a un altro immobile (per es. una terrazza sovrastante un immobile che però dipende dall'edificio vicino, al cui uso esclusivo è destinata[33]) e appartenga quindi al *dominus* di quest'altro immobile, ritenuta dall'Autore geneticamente estranea – e peraltro di precedente elaborazione, nella storia del diritto romano, sulla base di considerazioni di giustizia sostanziale – alla teoria della superficie[34]. Tale impostazione non sembra in ogni caso fatta propria né dalla giurisprudenza, né dal legislatore anche in anni recenti, facendo riferimento in vari testi alla possibilità di una proprietà separata dal suolo di elementi di soprassuolo o di sottosuolo[35].

[31] F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, pp. 146-147; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 226.

[32] F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: droit de superficie,* in *RTD civ.*, 1995, pp. 657-658; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 219: "la renonciation du propriétaire foncier à son droit d'accession est dangereuse pour la propriété du sol qu'elle oblitère perpétuellement. Cela explique que la loi n'organise de droit de superficie qu'à temps. Il convient d'en déduire, contre l'opinion le plus souvent professée, que la dissociation illimitée de la propriété des superficies est contraire à l'ordre public des biens".

[33] *Cass. 1re civ., 15 oct. 1956, Bull. civ. 1, n. 349*.

[34] F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, pp. 143-145.

[35] V. per es. *Code de la construction et de l'habitation*, art. L251-2, art. 254-1.

Letteralmente, il dettato legislativo in Belgio sembra deporre a favore di una lettura dell'istituto come mero diritto reale sulla cosa di altri[36], definendolo come diritto reale consistente nell'"avere" edifici, opere o piantagioni sopra o sotto il fondo altrui. La dottrina contemporanea intende però l'"avere" come "avere in proprietà"[37], avvicinandosi – nelle conseguenze ma non nell'impianto teorico – a quella che in Francia è considerata l'impostazione dualista; d'altronde, lo stesso testo di legge enuncia che alla scadenza del diritto la proprietà delle costruzioni o piantagioni passa al concedente o suo avente causa, sottintendendo che fino a quel momento ne fosse proprietario il superficiario. Si afferma allora dell'istituto la natura di diritto reale minore – soggetto quindi a prescrizione estintiva per il non utilizzo – smembramento della proprietà consistente nella prerogativa di edificare, costruire, piantare sulla proprietà immobiliare di altri, o di mantenervi le costruzioni o piantagioni già esistenti, ma che comporta la particolare conseguenza dell'attribuzione in proprietà del soprassuolo o sottosuolo, con una scissione orizzontale del *dominium*[38]. Secondo tale lettura, il delicato equi-

[36] E in tal senso lo interpretava infatti F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 494-496.

[37] A. Gosselin, L. Herve, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2007, n. 1, pp. 9-10.

[38] Cfr. P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, p. 365: "C'est un droit réel démembré, mais un peu particulier en ce qu'il se décline par rapport au fonds, qui reste le point de repère, mais se définit par sa conséquence essentielle, une propriété immobilière temporaire sur, au-dessus ou en-dessous de ce fonds. En droit belge, le droit de superficie ressemble à la propriété mais n'est pas la propriété et la confusion qui s'opère parfois en France entre propriété superficiaire et droit de superficie n'a pas lieu d'être. […]. [B]ien distinguer, d'une part, l'objet du droit de superficie, la chose sur laquelle porte, de façon médiate ou immédiate, le droit de superficie et, d'autre part, la propriété immobilière temporaire des constructions et plantations qui découle de ce droit révèle que ce droit réel démembré a bel et bien, comme tout droit réel, dès sa constitution, un objet certain et spécifié qu'il va désormais grever"; A. Gosselin, L. Herve, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2007, n. 1, p. 10: "Comme telle, la superficie devrait *a priori* avoir pour objet un immeuble bâti et impliquer, pour le superficiaire, le droit d'être propriétaire de constructions préexistantes sur le fonds d'autrui. Pourtant, la convention constitutive de superficie peut tout aussi bien porter sur un terrain nu et autoriser le superficiaire à construire à son profit. Par ailleurs, le droit de superficie

librio dell'istituto risiede nella dialettica tra la natura di diritto reale sul fondo altrui e la conseguenza necessaria dell'attribuzione in proprietà temporanea al superficiario delle costruzioni o piantagioni ivi esistenti.

d. *La natura del diritto di superficie prima della realizzazione delle costruzioni (o piantagioni) o in caso di loro rovina*

Osservate le principali teorie diffuse in Francia sulla natura del diritto di superficie, come corollario dell'una o dell'altra si pone una diversa soluzione alla problematica della natura del diritto prima che le costruzioni (o piantagioni) siano effettivamente realizzate dal superficiario, o in altre parole la problematica della natura del precedente diritto di costruire (o di piantare). Le impostazioni monistiche classiche tendono a eludere la questione, implicitamente spostata sul piano del titolo convenzionale (per esempio attributivo di un diritto personale sul suolo, o di un diritto di enfiteusi, o di una servitù su di esso), in quanto prima che l'opera sia realizzata, e sia così venuta concretamente a esistere, un diritto di proprietà su di essa semplicemente non potrebbe sussistere[39]. Da ciò deriva anche l'analisi delle locazioni superficiarie di alcuni studiosi contemporanei, che, per negare la sussistenza di un diritto di superficie prima dell'effettiva costruzione, devono sdoppiare il diritto reale conferito al conduttore nel quadro delle locazioni reali – quando palesate come tali dal tenore della disciplina legislativa – e ammettere l'esistenza di un ulteriore diritto reale innominato attribuito dalla convenzione, altro dalla superficie e precedente al sorgere di quest'ultima[40].

ne s'éteignant pas avec la destruction des bâtiments, ouvrages ou plantations qui «*faisaient l'objet de son droit*», le superficiaire conserve le droit d'ériger de nouvelles constructions ou encore de replanter".

[39] M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, IV ed., Parigi, 1906, pp. 678-679; v. anche, in una dottrina meno risalente, P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, *passim*.

[40] C. Larroumet, *Droit civil,* t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 444; cfr. H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, pp. 414-415; v. anche C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et*

In tale prospettiva, una dottrina autorevole rinvia al titolo la definizione della natura del diritto sul suolo prima della realizzazione delle piantagioni o costruzioni – peraltro evidenziandone il carattere solo eventuale, quindi non partecipe dell'essenza del diritto di superficie, in quanto non sussistente nelle ipotesi di alienazione separata di opere già esistenti o di loro porzioni, bensì indispensabile solo quando il fondo sia un terreno ancora nudo[41] – : diritto personale in presenza di una locazione ordinaria, oppure diritto reale, attributivo di una prerogativa di utilizzo del suolo, smembramento della proprietà immobiliare, in particolare nelle situazioni in cui ciò sia espressamente previsto dal titolo[42] (di vendita di superficie, ma anche di locazione anomala istituzionalmente attributiva di un diritto reale). Altrove – forse, sotto l'impulso di un tentativo di salvataggio *in extremis* della teoria tradizionale, strettamente corporale, della proprietà, nei suoi attributi quasi mistici enucleati dagli esegeti del XIX secolo e corredata del principio del numero chiuso dei diritti reali[43] – si è persino sostenuto in generale il carattere meramente personale (e, quindi, problematicamente fievole) del diritto di superficie fino alla realizzazione delle costruzioni, salvo solo con tale edificazione trasformarsi in un vero e proprio diritto di proprietà[44]. Al contrario, la tesi che fa del diritto di

du bail superficiaire, Parigi, 1983, p. 128.

41 Tale ragionamento sembra però astrarre dalla problematica del titolare del diritto di ricostruire in caso di rovina o di demolizione.

42 G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens,* Parigi, 1995, p. 239.

43 V. D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, p. 406: "Au centre de la théorie personnaliste se trouve un raisonnement par syllogisme à la fois abrupt et puissant que l'on pourrait résumer ainsi : un droit réel, et qui plus est, la propriété, suppose un corps ; le volume avant construction est un droit, incorporel par nature, pas un corps ; le volume avant construction n'est donc pas un droit réel et à fortiori, un droit de propriété".

44 J. Cumenge, *Imbrication dans l'espace de propriétés privées et publiques*, in *Tunnels et ouvrages souterrains*, 1974, p. 254; per una descrizione di tali teorie "personaliste", a rigore dualiste nel senso che affermano una doppia natura del diritto di superficie, ma che si differenziano marcatamente dall'impostazione più recente in quanto nella prima fase, invece che di diritto reale sul suolo altrui, arrivano alla teorizzazione di una nascita del diritto nella sfera delle situazioni di credito, salvo poi ascendere a quella della realità con la realizzazione della costruzione e per tutta la durata della stessa, cfr. P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 610-613.

superficie un mero diritto reale sul fondo altrui e quella che ne fa dapprima un diritto reale sul fondo altrui e in seguito, con la costruzione, un diritto di proprietà, non hanno difficoltà a riconoscere la natura reale del diritto già prima dell'effettiva realizzazione delle opere, salvo fra loro divergere quanto alla natura del diritto una volta realizzate le costruzioni (per l'una rimanendo un diritto reale sul bene altrui, per l'altra trasformandosi in un pieno diritto di proprietà, quantomeno finché non sopraggiunga una situazione di rovina o demolizione) e sul suo carattere perpetuo. Infine, si segnala la posizione originale, solo latamente riconducibile alle teorie moniste, che, almeno quando l'oggetto del diritto di superficie sia precisamente determinato o determinabile (non, quindi, quando il superficiario sia titolare di un generico diritto di costruire che lo lasci libero di realizzare sul suolo quello che preferisce), identifica lo stesso con un bene "immobile per anticipazione", immediatamente passibile di commercio giuridico, al fine di salvaguardare il carattere reale del diritto senza adottare la concezione astratta dell'oggetto della proprietà immobiliare propagata da Savatier e dalla prassi della divisione in volumi[45].

Per quanto la discussione della dottrina francese a questo proposito si sia incentrata in maniera prevalente sul tema della natura del diritto prima della realizzazione delle opere, il problema si pone in effetti parimenti sulla sussistenza del diritto di ricostruire in seguito a rovina o demolizione dell'edificio[46]. Dalla tesi dualista dovrebbe conseguire che la prerogativa sia in capo al superficiario[47], dalla tesi monista, come tradizionalmente intesa, al proprietario del suolo, a meno che il contrario non

[45] J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976, pp. 222-223.

[46] La giurisprudenza, suscitando una certa attenzione della dottrina, si è invece trovata ad affrontare le problematiche dei diritti di reimpianto delle colture viticole, peraltro attribuendo gli stessi al proprietario e locatore del suolo: v. *Cass. 3e civ., 17 avr. 1996, n. 94-13521*; *Cass. 3e civ., 24 mars 1999, n. 97-14303*.

[47] Ma in dottrina si riscontrano anche posizioni più sfumate: per esempio Proudhon – che si è visto assertore di un diritto di proprietà sul suolo da parte del superficiario, concorrente con quello del concedente – afferma l'estinzione del diritto del superficiario la cui prerogativa porti su una casa integralmente distrutta: J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 564.

sia desumibile dal titolo, essendo venuto meno l'oggetto della proprietà del superficiario. Ancora, dalla tesi della superficie diritto personale con l'attitudine alla trasformazione in diritto reale con la realizzazione della costruzione, deriva l'idea di un riapparire del diritto personale, rimasto nel frattempo latente, in caso di distruzione delle costruzioni (clausola *revolving*) e fino alla loro nuova edificazione[48]. La versione più moderna della teoria monista, che, per fondare la proprietà dei volumi, identifica l'oggetto della proprietà immobiliare con un volume virtuale di spazio, sia esso costruito o pieno d'aria, finisce in ogni caso per arrivare allo stesso esito della teoria dualista, restando il proprietario del volume legittimato (o, meglio, in molti casi obbligato, nell'interesse dell'insieme dei proprietari) a costruire e a ricostruire nello spazio di cui mantiene il dominio anche quando esso si ritrovi pieno soltanto di aria[49]. Nel quadro delle locazioni superficiarie, in ogni caso, le problematiche della rovina e della ricostruzione tendono a essere regolate espressamente dal titolo e, in assenza, dal legislatore, secondo il bilanciamento d'interessi ritenuto idoneo a ciascuna tipologia di contratto. Di queste questioni si darà conto più approfonditamente nel prosieguo della trattazione, in sede di analisi delle singole figure di locazione reale.

B. *Il dibattito italiano*

Le problematiche d'inquadramento dell'istituto superficiario sotto la vigenza del Codice del 1865, piuttosto fedele al modello francese, si avvicinavano in misura importante a quelle oggi discusse al di là delle Alpi. Con il Codice del 1942, che ha recepito l'idea della superficie come di un rapporto complesso, inerente tanto alla proprietà dell'opera quanto a una prerogativa di natura reale sul suolo, la cornice normativa è cambiata,

[48] J. Cumenge, *Imbrication dans l'espace de propriétés privées et publiques*, in *Tunnels et ouvrages souterrains*, 1974, p. 254: alla prospettazione dell'Autore di una cessione a titolo perpetuo di tale diritto personale sembra fare ostacolo in termini generali l'attuale art. 1210 del *Code civil*.

[49] J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, p. 1765.

accogliendo sostanzialmente la posizione di uno dei preesistenti filoni dottrinali. Il carattere di sintesi aperta della disciplina dell'istituto ha però lasciato a sua volta spazio a ricostruzioni dottrinali diversificate, che si sono soprattutto cristallizzate nelle due visioni bipartita e tripartita della superficie, secondo il modo d'intendere il rapporto tra opera e suolo, non senza ricadute di ordine pratico.

a. *Le problematiche d'inquadramento nella vigenza del Codice del 1865*

Il Codice civile italiano del 1865, ricalcando quello francese, non citava un autonomo diritto di superficie, ma ammetteva all'articolo 448 la prova contraria alla presunzione che ogni costruzione, piantagione od opera sopra o sotto il suolo fosse fatta dal proprietario a sue spese e gli appartenesse. A fronte di una prassi in cui forme di scomposizione giuridica dell'immobile avevano una certa diffusione[50], si tentavano in dottrina e in giurisprudenza varie strade interpretative per riempire le lacune dei testi di legge, perlopiù tenendo fermo il principio del *numerus clausus* dei diritti reali e quindi cercando di ricondurre il diritto di superficie a qualche altra categoria positivizzata dal legislatore. Qualche voce autorevole evidenziava nel latente riaffiorare della figura superficiaria una manifestazione del principio del lavoro, idonea a vincere la presunzione legale di accessorietà al suolo, sicché:

> [n]on occorre cercare altra spiegazione nell'occupazione o nella specificazione o nella trasmissione: basta che cessi per forza di legge il vigore di un principio contrario [a quello del lavoro], perché questo si affermi[51].

Qualcuno faceva del diritto di superficie una "limitazione legale" della proprietà del suolo idonea a dar luogo a un auto-

[50] Cfr., per es., O. Faron, *Sur les formes de propriété dissociée à l'époque contemporaine (Milan, XIXe siècle)*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 101 ss.

[51] V. Simoncelli, *Accessione superficie e diritti dei terzi*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, p. 113.

nomo dominio sullo spazio sovrastante il terreno, sia che fosse già stato edificato, sia che fosse ancora vuoto[52]. È una prospettazione non distante da quella della più consolidata teoria monista in Francia, che ha posto le basi concettuali per lo sviluppo d'oltralpe della proprietà in volumi, pur senza sfuggire al difetto di eludere il tema del rapporto tra suolo e soprassuolo, fondamentale per quanto concerne l'appoggio delle opere realizzate. Altrove, il diritto in questione era invece assimilato a una servitù *oneris ferendi*, nel quadro di un rapporto complesso che accompagnava la stessa alla proprietà del soprassuolo[53], malgrado le difficoltà di distinguere due fondi materialmente separati e di ridurre concettualmente a una servitù l'ampiezza delle utilità trasferite al fondo dominante da quello servente; a ciò si aggiunge il problema della sfuggente individuabilità di un fondo dominante prima della realizzazione dell'opera[54]. Proprio a partire da una critica della teoria dell'interpretazione della superficie come servitù, in quanto nelle situazioni in questione sarebbe mancata l'esclusività del servizio, un po' come tra diversi piani di un edificio, vi sono state voci che facevano del fenomeno superficiario un rapporto di condominio *pro diviso*, in cui superficie, suolo e sottosuolo concorrevano in un rapporto

[52] N. Coviello, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, in *Il foro it.*, 1893, I, cc. 10 ss.; v. anche, in tal senso, *Cass. Torino, 29 aprile 1886, Il foro it., 1886, 800*, evocando anche una forma di dominio utile per descrivere la situazione del superficiario; *Cass. Roma, 29 dicembre 1890, Il foro it., 1891, I, 348*; *Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892, Il foro it., 1892, I, 1160*; *Cass. Roma, 9 dicembre 1896, Il foro it., 1897, I, 29*.

[53] V. R. de Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, VII ed., Messina, 1934, p. 546: "se d'un diritto di superficie quale fu costruito dalla dottrina romana non può parlarsi nell'ordinamento nostro, ben si può ragionarne come d'un rapporto complesso in cui, accanto alla proprietà del soprassuolo, sta un diritto reale di servitù a favore del proprietario di quello"; v. anche V. Simoncelli, *Accessione superficie e diritti dei terzi*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, pp. 99-100; D. Simoncelli, *Superficie (diritto di)*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, parte I, Torino, 1940, p. 1217; sia l'elemento del riconoscimento nel diritto italiano di una proprietà superficiaria quanto quello, implicato dal primo, di una servitù di appoggio sul suolo altrui in favore del superficiario erano stati valorizzati nella ricostruzione di C.F. Gabba, *Della superficie in diritto italiano, commento a Cass. Roma, 9 dicembre 1896*, in *Giurisprudenza italiana*, 1897, pp. 689 ss.

[54] Cfr. M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 40.

di reciproca utilità[55]. Altre opinioni ancora semplicemente riducevano la superficie a una manifestazione del pieno dispiegarsi dell'ampiezza delle prerogative dominicali sull'opera[56].

Ancora, vi fu chi, come il Lucci, svincolandosi e respingendo l'idea di un numero chiuso dei diritti reali idoneo a imporsi sopra la volontà delle parti[57], già individuava un diritto reale a sé stante di superficie sul suolo altrui[58], dalla dubbia riconducibilità a una servitù, rapporto complesso non riducibile ad altra categoria dogmatica: in tale prospettiva,

> [l]a proprietà superficiaria è l'effetto del diritto di superficie, non il suo obietto. Per chi, come per noi, il diritto di superficie non è il diritto di proprietà sulla costruzione, considerata separatamente dal suolo, obietto di tale diritto non può essere la costruzione, ma la potestà di avere la costruzione in proprietà separata[59],

intendendosi quindi per "diritto di superficie"

> quel diritto reale di edificare o piantare, il quale conduce alla proprietà separata della costruzione o piantagione superficiaria. Questo diritto è alienabile e trasmissibile agli eredi[60].

[55] A. Butera, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, in *Delle servitù prediali*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte V, vol. III, Napoli, Torino, 1926, pp. 39-40.

[56] N. Stolfi, *Diritto civile*, vol. II, parte II, Torino, 1928, p. 542.

[57] A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927, p. 105-106.

[58] Nella prospettiva di un autonomo diritto di superficie, come diritto di tenere o porre una proprietà superficiaria sul suolo altrui, v. anche P. Galluzzi, *Saggio di una teoria sul diritto di superficie nel nostro sistema positivo*, in *Il Filangieri*, 1904, pp. 906-911; F. Filomusi Guelfi, *Della superficie*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, p. 243.

[59] A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927, pp. 142-143.

[60] A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927, p. 140; osserva anche l'Autore (p. 139) che "la separazione tra suolo e costruzione in rapporto del diritto di proprietà è possibile tanto per effetto di un diritto reale sul suolo (ed è l'istituto cui noi diamo il nome di diritto di superficie), tanto per effetto di un rapporto personale: ma quest'ultimo, pur conducendo al medesimo risultato del primo (proprietà della costruzione), non sarà mai *diritto di superficie*, bensì locazione del suolo".

In una direzione simile, altri avevano cercato di giustificare la lettura della superficie come autonomo *ius in re aliena* nelle pieghe e nei sottintesi dell'articolo 448[61]. Si opponeva a tali dottrine il Salis, tenendo fermo il principio del *numerus clausus* e facendone discendere la non configurabilità di un diritto di superficie *in re aliena* logicamente e temporalmente precedente alla realizzazione della costruzione o della piantagione; egli ammetteva invece, conseguente alla derogabilità della regola dell'accessione, una proprietà separata su di esse, il cui rapporto col suolo non sarebbe consistito in una relazione di servitù, bensì in una limitazione legale a carico del *dominus soli*,

> nel senso che a lui è vietato di compiere quegli atti che impedirebbero il permanere di quello stato di fatto che si è creato col suo consenso, od ostacolerebbero l'esercizio di quelle facoltà che formano il contenuto del diritto di dominio che altri ha sulla costruzione[62].

In tale cornice, l'Autore individuava una serie di situazioni in cui tale assetto di proprietà separata era conseguenza, esplicita o indiretta, di un diverso diritto sul suolo in capo a un terzo, di natura reale o personale: la natura e l'estensione di tale diritto sarebbero variate in funzione della natura e dell'estensione del diverso diritto che ne costituiva il titolo e la ragion d'essere[63]. Tra i diritti reali idonei a costituire una proprietà separata in favore del proprietario, il Salis individuava proprio, l'usufrutto e, soprattutto, come si afferma correntemente in Francia, l'enfiteusi, il cui titolare

> acquista, a titolo originario, non solo la proprietà di tutte quelle piante che possono considerarsi come *prodotto* del fondo, ma anche di tutte quelle altre cose che si trovano nel fondo e che nei riguardi del suolo mantengono una autonomia di fatto o giuridica […]. A differenza però [che] nel caso di costituzione di usufrutto, nel caso di concessione di enfiteusi l'acquisto, che si produce a favore dell'enfiteuta, è più vasto, sia in estensione che in profondità: a lui appartengono infatti *tutte* le piante esistenti nel fondo nei limiti sopra accennati […] e su queste egli ha gli stessi poteri che avrebbe il proprietario, non essendo obbligato a «conservare la sostanza della cosa

[61] G.P. Chironi, *Diritto di superficie. Se esista nel diritto civile attuale*, in G.P. Chironi, *Studi e questioni di diritto civile*, II, Torino, 1914, pp. 131-134.

[62] L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, p. 199.

[63] L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, pp. 56-67.

tanto nella materia che nella forma», e non essendo a lui applicabili tutte le limitazioni e restrizioni nello sfruttamento della cosa, che sono invece imposte all'usufruttuario (art. 479 segg. cod. civ.). Anche in questa ipotesi, le facoltà ed i diritti concessi all'enfiteuta sulla superficie trovano la loro giustificazione nella speciale natura e nello scopo del largo diritto concesso sul terreno, largo diritto che ha sempre, come necessario presupposto per la sua esistenza, la rinunzia al fatto giuridico dell'accessione da parte del proprietario del fondo[64].

Di non minore interesse, anche in rapporto a quanto si osserverà nel modello giuridico francese, sono i casi che l'Autore individuava di acquisto di un diritto sulle piante e sui prodotti del fondo in virtù di un contratto di locazione: allora,

> analogamente a quel che avviene nel caso di concessione di usufrutto, l'affittuario ha il diritto di trarre dal fondo tutte le utilità che questo è suscettibile di dare con la coltivazione. Anche in questa ipotesi sulle piantagioni da lui eseguite il conduttore ha un diritto sostanzialmente identico a quello del proprietario. Avendo, in base al contratto, il diritto di sfruttare il fondo e ricavarne tutte le utilità che questo è suscettibile di dare, il conduttore può disporre di tutte le piantagioni da lui fatte, come un vero proprietario, essendo solo obbligato a non deteriorare il fondo, ed a restituirlo, alla fine della locazione, nello stato in cui lo ha ricevuto […]. In alcuni […] contratti di locazione e colonia l'acquisto di una proprietà separata su alcune cose componenti la superficie del fondo locato è esplicitamente prevista e concessa al conduttore, ma, anche quando una tale concessione esplicita da parte del dominus soli manchi, un acquisto della proprietà superficiaria, limitatamente ad alcuni prodotti del fondo può aversi ugualmente, e deriva anzi necessariamente dal contratto stesso di locazione o colonia, dal diritto che, in forza di tale contratto, il conduttore o colono ha acquistato sul terreno[65].

Non mancava neanche in Italia l'opinione, più aderente alla lettera del Codice, che riteneva che il diritto conferito, fino alla realizzazione dell'opera, potesse avere soltanto una più fragile natura obbligatoria, come alienazione di cosa futura[66]. Infine, al contrario, discostandosi al massimo dal testo positivo, un orientamento suggestivo ma dallo scarso seguito riscontrava nel

[64] L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, pp. 64-66.

[65] L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, pp. 66-67.

[66] G. Segrè, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, in *Il foro it.*, 1893, I, cc. 1002 ss.

diritto di superficie una situazione di accessione invertita, nella più ampia esaltazione del principio del lavoro, idoneo a una sorta di acquisto di "una certa" proprietà del suolo da parte del superficiario[67].

b. *Il dibattito attuale: proprietà superficiaria e proprietà separata*

Con il Codice del 1942, influenzato anche in tema di superficie dalle elaborazioni della dottrina di area germanica e dai codici tedesco e svizzero[68], il quadro normativo italiano è radicalmente mutato, con la positivizzazione dell'istituto, sicché può affermarsene la natura di una figura tipica, autonoma anche rispetto a una forma di servitù[69]. Nel solco della riflessione di autori come il De Ruggiero e ancor più il Lucci – e in coordinamento con una complessiva concezione dominicale ormai depuratasi dell'assolutismo del Codice napoleonico e con una qualche attenzione alla funzione sociale – il legislatore rece-

[67] F. Ferrara, *La superficie delle piantagioni*, in *Rivista di diritto agrario*, 1941, I, p. 120; C.A. Funaioli, *Diritto di superficie «ad tempus»: nota a Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 1942, n. 462*, in *Il foro it.*, 1942, I, c. 599, nota 5.

[68] G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1471; G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, p. 555.

[69] M. Bianca, *Diritto civile*, VI: *la proprietà*, Milano, 1999, p. 545; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965, pp. 534-535, venendo meno alla scelta di edizioni precedenti di qualificare ancora la superficie come forma di servitù; cfr. la ricostruzione di C. Trinchillo, 2002, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio. Il diritto di sopraelevazione previsto dall'art. 1127 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2002, I, p. 1138: "la reale peculiarità del diritto di superficie […] può essere così sintetizzata: con la servitù prediale la superficie condivide il connotato che il rapporto intercorre tra due fondi di proprietà distinta e non tra due diritti di soggetti diversi su un'unica *res*; anche nei riguardi della servitù c'è tuttavia una differenza rilevante che rende il diritto reale di superficie del tutto singolare; si tratta del fatto che, mentre nella servitù prediale i due fondi rimangono distinti e l'*utilitas* si sostanzia in un peso, accompagnato o meno da opere, gravante sul fondo servente, nella superficie l'onere che grava sulla proprietà del concedente consiste nella proprietà stessa del superficiario; si potrebbe quasi parlare di *res in re aliena*, più che di uno *jus in re aliena*"; v. anche G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 39-46; B. Biondi, *Le servitù*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1967, pp. 693 ss., mantiene invece ferma, anche nel sistema del presente codice, la qualifica di servitù del diritto del superficiario di mantenere l'edificio su suolo altrui.

pisce l'idea di un'essenza complessa e composita del diritto di superficie[70], quale nel contesto francese si esprime nella teoria dualista; può pertanto osservarsi che

> la superficie può anche essere riguardata nel suo complesso alla stregua di una distinta ed autonoma categoria di diritto reale. Ma, visto che il superficiario si pone in rapporto, sia di proprietà con la costruzione, sia di godimento del fondo altrui, bisogna che sia chiaro che il suo diritto, come la disciplina che lo regola, prende sia della materia dominicale, che della realità parziaria[71].

Il nuovo Codice curva verso una direzione i dibattiti dottrinali del passato, ma, lungi dallo spegnerli, vi attribuisce nuova linfa. Le ricostruzioni degli autori, in una certa continuità con quelle precedentemente sviluppatesi, si confrontano essenzialmente sul rapporto tra primo e secondo comma dell'articolo 952, quindi tra concessione *ad aedificandum* e alienazione separata della proprietà della costruzione già esistente, nonché, nel primo comma, sull'esatto significato dell'espressione "diritto di fare e mantenere una costruzione" e sul rapporto tra "fare" e "mantenere". Un ampio spazio all'interpretazione dottrinale, oltre che – beninteso – alla volontà delle parti in sede di determinazione convenzionale (quando il diritto è attribuito per contratto) del contenuto del diritto[72], era lasciato volutamente

[70] Proprio una scelta simile, di positivizzazione di una natura complessa del diritto di superficie, sembra avere assai più recentemente caratterizzato anche l'operato del legislatore rumeno, ponendo fine pure in tale ordinamento giuridico a un'esistenza dell'istituto allo stato latente quale quella che in Francia, malgrado le proposte di ricodificazione della disciplina dei beni già avanzate da alcuni autori, ancora si manifesta; sulla Romania, v. I. Sferdian, *La superficie sous la forme du droit d'édifier des constructions, modalité du droit de superficie*, in F.A. Baias, R. Dincă (a cura di), *Le nouveau Code civil roumain: vu de l'intérieur – vu de l'extérieur*, vol. II, Bucarest, 2015, pp. 474-475: "Le Nouveau Code civil roumain définit le droit de superficie à l'article 693, alinéa 1, comme «le droit d'avoir ou d'édifier une construction sur le terrain d'autrui, au-dessus ou au-dessous de ce terrain, sur lequel le superficiaire acquiert un droit de jouissance». […] Dans la structure complexe du droit de superficie, l'on identifie deux droits réels: le droit de propriété sur une construction ou le droit d'édifier une construction sur laquelle le superficiaire deviendra propriétaire, et le démembrement du droit de propriété sur le terrain".

[71] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 95-96.

[72] Cfr. G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, p. 82: "Le facoltà che formano il contenuto del

in occasione della stesura del Codice, in cui si dedicava al diritto di superficie una disciplina molto stringata. Così si esprimeva la Relazione al Re:

> [L]'art. 142 [oggi 952] delinea il diritto di superficie nel suo duplice profilo, distinguendo il caso in cui il *dominus soli* conceda ad altri il diritto di fare e mantenere sul suolo una nuova costruzione (concessione *ad aedificandum*) dal caso in cui la costruzione già esista sul fondo e il proprietario ne alieni la proprietà separatamente dalla proprietà del suolo. Limitandomi a dettare la disciplina meglio corrispondente alle ipotesi di maggiore rilievo, ho lasciato alla dottrina i problemi di configurazione giuridica della concessione *ad aedificandum* e del rapporto d'inerenza della costruzione al suolo. Per la risoluzione di tale problema può costituire un utile criterio direttivo la norma dell'ultimo comma dell'art. 144 [attualmente 954], secondo la quale il diritto di fare la costruzione si estingue col non uso ventennale. Tale disposizione, che non si applica evidentemente alla proprietà sulla superficie, dimostra che in sé la concessione *ad aedificandum* è un autonomo diritto reale su cosa altrui, che diventa un vero diritto di proprietà quando la costruzione è eseguita[73].

Subito dopo l'entrata in vigore del Codice, gli autori che già avevano scritto sul diritto di superficie si sono variamente posti nel solco del sentiero di ricerca tracciato dalla Relazione. Anche il Salis non può che prendere atto, rispetto alla propria precedente posizione, della positivizzazione per opera del legislatore del diritto di superficie e dell'esistenza ormai nel nostro Codice di una prerogativa reale di costruire sul suolo altrui, attribuendo alla scelta dei codificatori una portata fortemente innovativa dell'assetto previgente, o meglio integrativa dello stesso con nuove figure prima non esistenti[74]. Nella prospettazione da lui fornita dell'istituto di cui al nuovo articolo 952, non rinunzia però alla categoria che aveva precedentemente elaborato della proprietà separata, bensì recupera la stessa in un nuovo quadro terminologico e concettuale:

diritto di superficie risultano implicitamente determinate dallo scopo che le parti mirano a conseguire con la sua costituzione".

[73] G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter, G. Dallari, *Codice civile: libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1941, pp. 147-148.

[74] L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 945.

il termine «superficie» indica sia il diritto di fare e mantenere una costruzione sopra o sotto il suolo, sia la proprietà separata su una costruzione già esistente[75]; mentre la locuzione «diritto di superficie» indica il diritto di compiere tutte le opere necessarie a far sorgere una costruzione, nonché il diritto di riedificare una costruzione che sia andata distrutta[76];

sicché

appare utile [...] indicare con la locuzione proprietà «superficiaria» quella forma di proprietà separata che sorge sulle opere sovrastanti, o sottostanti, alla superficie del terreno in seguito, o per effetto, della concessione di un diritto di superficie, ed indicare invece con il termine di proprietà «separata» quella forma di proprietà che viene a sussistere per il fatto della alienazione di una costruzione già esistente separatamente dalla proprietà del suolo[77].

Si prospetta così una tripartizione concettuale, in diritto di superficie, proprietà superficiaria e proprietà separata, quest'ultima, già configurabile sotto il Codice del 1865, autonoma e indipendente da un diritto di superficie sul suolo: pertanto, risulterebbe anche possibile fissare una durata diversa per un diritto di superficie e per una proprietà separata attribuiti a un medesimo soggetto, la seconda sopravvivendo alla prima fino allo scadere del proprio termine oppure fino all'evento del peri-

[75] Può presentare alcune analogie, nel panorama francese, il punto di vista di W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, comm. à artt. 551-553*, 2017, n. 55: "La question de la superficie peut n'avoir rien à voir avec celle de l'accession. Le propriétaire d'une cave ou d'une grange peut parfaitement, l'article 553 l'y autorise, décider de la céder seule à un tiers. La question de l'accession ne se pose que lorsque deux choses différemment appropriées sont réunies l'une à l'autre et qu'il faut régler le conflit existant entre leur maître respectif en rendant le propriétaire du bien principal propriétaire de l'ensemble. Le point de départ est ici inverse : la chose est à l'origine objet d'une appropriation unitaire et son propriétaire décide de la diviser. L'accession est étrangère à une telle situation. Le lien n'existe que dans le cas où un tiers a effectivement construit sur le terrain d'autrui et que les parties conviennent d'écarter la règle de l'accession pour décider que le constructeur conservera la propriété du bâtiment. La renonciation à l'accession crée alors effectivement une dissociation de l'immeuble, mais ce n'est pas à dire que toute dissociation de l'immeuble repose sur une renonciation à l'accession".

[76] L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, pp. 945-946.

[77] L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 947.

mento dell'opera[78]. Un diritto di superficie potrà essere concesso persino a un terzo diverso dal titolare della proprietà separata dell'opera sovrastante il suolo, al fine di essere esercitato, per esempio, dopo il crollo o la demolizione della costruzione o al disopra di essa; oppure potrà essere attribuito proprio al proprietario separato o, ancora, trattenuto dal proprietario del suolo[79]: le due situazioni giuridiche potranno pertanto in varie configurazioni circolare disgiuntamente. I negozi di costituzione del diritto di superficie e della proprietà separata sono potenzialmente indipendenti, la seconda potendo sorgere sia in conseguenza di un diritto di superficie, quando il titolo escluda la possibilità di ricostruzione a beneficio del superficiario in seguito alla realizzazione dell'opera e all'estinzione del diritto reale sul suolo altrui con il completamento dei lavori, sia, in assenza dello stesso, per effetto dell'alienazione della proprietà della mera costruzione separatamente dalla proprietà del suolo, senza una pattuizione che attribuisca al proprietario separato anche un diritto di superficie[80]; in questa lettura, si rimette un'ampia discrezionalità alle parti sulla sorte delle costruzioni alla fine del rapporto[81]. Evidentemente, in tale prospettazione, l'avvenuta edificazione non esaurisce di per sé, salvo patto contrario, il

[78] L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 72.

[79] L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 9.

[80] L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 29-31, p. 76.

[81] V. L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 73: "Le parti determineranno quali effetti abbiano a prodursi nel momento della scadenza del termine. Potranno stabilire che la proprietà della costruzione passi al *dominus soli* o ad un terzo, gratuitamente o mediante il pagamento di un corrispettivo (in quest'ultimo caso, ove il pagamento del corrispettivo venisse rifiutato, non potrebbe concludersi il negozio di trasferimento e quindi la proprietà separata della costruzione continuerebbe a sussistere), oppure potranno stabilire che, allo scadere del termine, la costruzione debba essere tolta a cura del proprietario, ed il terreno restituito al *dominus soli* nello stesso stato in cui si trovava prima della costruzione […]. Chi abbia diritto ai *materiali* componenti la costruzione, risulterà in questo caso dalle clausole contrattuali"; cfr. le osservazioni critiche di A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 293: "In tale operazione di frattura della connessione indicata dalla norma – connessione che poi è il riflesso della regola della elasticità che governa le relazioni del *dominium* con i diritti che ne limitano la piena espressione – la stessa dottrina è poi indotta a colmare il vuoto che si viene in tal modo a creare nel rapporto tra concedente e concessionario attraverso la dilatazione dello spettro operativo della volontà delle parti sul dato normativo".

diritto reale sul suolo altrui. Così è ricostruito il rapporto tra il "fare" e il "mantenere" la costruzione:

> [l]a proprietà distinta secondo una linea *orizzontale* è perfettamente ammissibile, e soprattutto giustificabile, senza necessità di ricorrere al diritto di superficie che è corretto considerare come diritto di *costruzione*.
>
> Quando il codice parla di diritto di superficie come diritto di fare *e mantenere* al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, non intende certamente configurare questo particolare diritto reale come un diritto di fare *o* mantenere una costruzione od opera sopra o sotto l'altrui terreno, ma semplicemente intende precisare che il diritto di superficie vi è solo quando ad una persona venga accordato il diritto di fare sull'altrui terreno una costruzione *per mantenervela*. Non potrebbe, in altre parole, considerarsi concessione di un diritto di superficie quella che consente ad un terzo di fare su un determinato terreno costruzioni od opere destinate ad essere trasportate altrove [...]. Il diritto *di mantenere* la costruzione di cui si è acquistata la proprietà separatamente dal suolo, è implicito nello stesso diritto di proprietà sulla costruzione, né vi è bisogno di giustificare l'esistenza di questo potere nel proprietario della costruzione facendo ricorso ad un diritto particolare (di superficie) che verrebbe acquistato sul terreno contemporaneamente all'acquisto della proprietà separata[82].

Contrapposta alla suddetta posizione, la quale raccoglie l'adesione anche del Messineo[83], nel panorama dottrinale si trova quella del Pugliese, che riassume in due sole situazioni giuridiche la disciplina prospettata dall'articolo 952, entrambe comunque riconducibili al quadro d'insieme di un "diritto di costruire sul suolo altrui e di mantenere su tale suolo la costruzione compiuta o già esistente"[84]. In risposta al Salis, respingendone l'interpretazione di "fare e mantenere" come un "fare per mantenere", l'Autore evidenzia che

> [i]l proprietario di una costruzione che insista sul suolo altrui può conservarla nello stato in cui si trova, in quanto abbia nello stesso tempo un diritto sul suolo. Senza questo diritto rimarrebbe bensì esclusa l'eventualità dell'accessione, ma il proprietario del suolo potrebbe sempre esigere la rimozione dell'edificio (secondo lo spirito degli art. 936-937) e sarebbe

[82] L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 30-31.

[83] F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965, pp. 534-535.

[84] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 463.

inoltre autorizzato a compiere sul suolo e nel sottosuolo qualsiasi atto di godimento, anche se fosse per pregiudicare la stabilità dell'edificio,

il diritto di mantenere la costruzione sull'altrui suolo non identificandosi e non essendo compreso nella proprietà della costruzione, ma richiedendo la costituzione di un diritto di superficie che lo giustifichi[85]. La facoltà di costruire e quella di mantenere la costruzione sul suolo altrui farebbero pertanto parte di un solo diritto, sicché proprietà superficiaria e proprietà separata sarebbero in definitiva la medesima cosa:

[u]na volta che esiste l'edificio, la posizione di chi l'ha costruito e di chi l'ha acquistato costruito da altri è la medesima, poiché entrambi hanno la proprietà dell'edificio ed entrambi possono mantenerlo sul suolo in forza di un diritto che spetta loro verso il proprietario del suolo. Il codice conferma nettamente questo punto di vista, in quanto prevede l'alienazione della proprietà separata della costruzione nello stesso articolo che riconosce il diritto di costruire e sotto la rubrica «costituzione del diritto di superficie»[86].

Quanto alle problematiche legate alla ricostruzione dell'opera, secondo la prospettiva del Pugliese

il proprietario del suolo, nell'alienare la costruzione, può escludere la facoltà di ricostruire; ma questa esclusione deve risultare da una clausola espressa o, almeno, dall'insieme dell'atto, non può essere desunta semplicemente dal fatto che viene costituita una proprietà separata dalla costruzione. Senza espressa esclusione è da ritenere che il proprietario abbia costituito un normale diritto di superficie comprendente, insieme con l'autorizzazione a mantenere la costruzione sul suolo, la facoltà di costruire o ricostruire. Se poi questa facoltà sia esclusa, non si deve credere che venga costituito un diritto diverso dal diritto di superficie; si tratta invece di un diritto di superficie limitato, che consente unicamente di mantenere la costruzione così come attualmente si trova. Un'analoga limitazione può essere stabilita, del resto, anche quando non esiste ancora alcuna costruzione, con l'autorizzare il superficiario soltanto a costruire e a mantenere sul suolo la costruzione eseguita, non a riedificare la costruzione eventualmente caduta in rovina o demolita[87].

[85] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 463, nota (I).

[86] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 464, nota (I).

[87] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II

Una posizione intermedia si riscontra nell'opera del Balbi, di poco successiva al Codice del 1942. Ancora in parte immerso nel dibattito precedente al Codice, e soffermandosi lungamente a confutare teorie come la qualificazione come servitù, forma di (com)proprietà sul suolo o mero rapporto obbligatorio, l'Autore ricostruisce la fisionomia del diritto sulla base dello scopo caratteristico dell'"utilizzazione del suolo nel limite in cui essa occorre per costruire e mantenere la costruzione"[88]. Egli nega che, eretta la costruzione, il diritto di superficie si riduca a uno stato di latenza, in quanto l'esistenza dell'opera "realizza lo scopo, ma non esaurisce, anzi mette in opera il godimento del suolo correlativo al diritto di superficie"[89] e, in quest'ottica,

> [l]a deroga alla regola dell'acquisto per accessione mediante la costituzione del diritto di superficie dura fino a che dura questo: una volta estinto il diritto di superficie, quella regola riacquista efficacia, e la costruzione diventa proprietà del dominus soli, non essendovi più motivo di mantenere la separazione della proprietà tra suolo e costruzione. […] Estinto comunque il diritto di superficie, il comportamento di astensione dovuto prima dalla collettività verso il superficiario, è d'ora in poi dovuto soltanto verso il proprietario del suolo, quale proprietario del suolo e della costruzione come di cosa unica[90].

Così il Balbi definisce il diritto di superficie come "quel diritto reale positivo a contenuto speciale mediante il quale viene attribuita ad una persona la facoltà di costruire su suolo non suo e di mantenere su di esso la costruzione da erigere, della quale diviene proprietaria; oppure soltanto la facoltà di mantenere sul suolo la costruzione già eretta, trasferitale in proprietà"[91].

ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 464, nota (I).

88 G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 68.

89 G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 49.

90 G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 75.

91 G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 72; v. anche, per approfondire la visione dell'Autore, p. 69: "L'acquisto della proprietà della costruzione da parte del superficiario, anzi che del proprietario del suolo, è la conseguenza, predisposta dalla norma (art. 952) del rapporto riferentesi al suolo; dato che altri che il proprietario del suolo ha la facoltà di utilizzare il suolo per costruirvi e mantenervi la costruzione, si dispone che la medesima persona sia proprietaria della costruzione in deroga al principio dell'accessione (art. 934). Il rapporto riferentesi al suolo costituisce il mezzo giuridico ritenuto idoneo per raggiungere questa finalità. La superficie è anzitutto tale rapporto, al quale si aggiunge il diritto di proprietà sulla costruzione, se ed in quanto esista".

Tale lettura si ravvicina a quella dell'impostazione bipartita, non ammettendo una terza categoria, di "proprietà separata", non sorretta dalla persistenza di un diritto reale di superficie sul suolo; ma, pur non teorizzando la categoria autonoma e generale della proprietà separata, l'Autore ne recupera parzialmente la funzione ammettendo la possibilità di deroghe al principio dell'accessione ulteriori rispetto all'istituto di cui all'articolo 952, non ritenendo quest'ultimo esaustivo delle possibilità di paralisi del meccanismo "superficies solo cedit", ma ammettendo che tale conseguenza si possa verificare anche in alcuni altri casi, in cui non ravvisa l'instaurarsi di un diritto di superficie a beneficio del proprietario della costruzione: così sarebbe, in particolare, per l'opera da lui costruita nel fondo servente mediante la quale il proprietario del fondo dominante esercita la servitù, nonché per i frutti, le migliorie e le addizioni realizzate dall'usufruttuario e dall'enfiteuta[92].

Ancora nella trattatistica e saggistica contemporanea permane la stessa molteplicità di punti di vista[93]. Un filone, complessivamente maggioritario, seguendo l'insegnamento del Pugliese, individua un legame inscindibile tra diritto di superficie e proprietà separata della costruzione, facendo del primo il *prius* logico e la *ratio* giuridica necessari per il mantenimento della seconda anche quando già venuta in essere, senza che possa sussistere uno spazio per una proprietà della sola costruzione non legittimata dal titolo superficiario sul suolo[94]; con la valorizzazione dell'elemento del "mantenere", la vocazione alla permanenza dell'opera renderebbe allora lo schema incompatibile con operazioni che prevedano la demolizione della stessa

[92] G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 69-75.

[93] Non assume una posizione definitiva A. Guarneri, *La superficie*, *artt. 952-956*, Milano, 2007, pp. 34-41.

[94] V. G. Pescatore, R. Albano, *Della proprietà*, t. I, in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1968, p. 624, nota 9; G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1472-1473; P. Gallo, *La superficie*, in P. Gallo, A Natucci (a cura di), *Beni, proprietà e diritti reali*, t. II, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2001, pp. 6-8; G. Gabrielli, *Diritto di superficie e pubblicità nei registri immobiliari e nei libri fondiari*, in *Vita notarile*, 2008, pp. 83-85; R. Caterina, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2009, pp. 197-201.

allo spirare del termine del diritto reale[95]. La proprietà sulla costruzione risulterebbe quindi sempre riconducibile a un'unica categoria di "proprietà superficiaria", sostenuta dalla prerogativa reale di mantenere l'opera sul suolo altrui, di cui, *ex post*, l'eventuale previo *jus ad aedificandum* avrebbe semplicemente rappresentato il mezzo volto a realizzare tale più stabile situazione conclusiva[96]. In questa prospettiva, il primo e il secondo comma dell'articolo 952 devono essere letti in stretta sinergia e tensione teleologica a uno stesso disegno di politica del diritto:

> [l]'istituto parla tutto in prospettiva edificatoria, non solo quindi la fattispecie del 1o comma, ma anche quella del 2o comma dell'art. 952: si sarebbe, altrimenti, creata una discrasia disciplinare tra le due ipotesi, delle quali una dedicata al potere edificatorio e la seconda ad una situazione particolare di proprietà per piani orizzontali, procurata dalla vendita separata dell'edificio rispetto al suolo[97];

> [n]ella ravvisata prospettiva unitaria del potere edificatorio, quale contemporanea espressione del «fare e mantenere», sia che la convenzione ricada nel 1o, sia nel 2o comma dell'art. 952, vi è da considerare, a suo ulteriore supporto, lo scopo che con la norma e con l'intero articolato da 952 a 956 il legislatore ha inteso raggiungere[98].

[95] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, *passim*, in particolare pp. 123-124: "[Il diritto di superficie] si concretizza nel mantenimento stabile e definitivo sul fondo d'altri di un edificio che il domino del detto fondo ha autorizzato ad elevare o che sullo stesso già si eleva.

Che si tratti di una concessione a costruire (I comma) o del trasferimento di una costruzione esistente da prima nel patrimonio del proprietario terriero (II comma), poco rileva; quel che giuridicamente importa è, invece, che rispettivamente il concessionario e l'acquirente siano abilitati, in base agli accordi raggiunti, a conservare sul suolo del concedente e del venditore il manufatto erigendo o già eretto"; p. 288: "Col rompere l'unità concettuale del «fare e mantenere» si esprime un indirizzo di disfavore per il diritto *de quo*. Lo fanno quanti si mostrano legati a concezioni superate, vigenti sotto l'anteriore codice, dal momento che svincolare la costruzione ormai realizzata dal supporto del diritto di superficie, comporta svilire di questo lo spettro d'azione, significa, cioè, concepirne la sussistenza nei minimi termini possibili".

[96] C. Trinchillo, 2002, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio. Il diritto di sopraelevazione previsto dall'art. 1127 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2002, I, pp. 1134-1135.

[97] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 303.

[98] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 301; v. anche la nota adesiva a *Cass. civ., sez. II, 3 dicembre 1964, n. 2851* di G. Iannuzzi, *L'art. 952, comma 2, c.c. e la costituzione del diritto di*

Nel panorama superficiario vi sarebbero allora solo due figure, da un lato diritto di superficie/concessione reale *ad aedificandum*, sorta di "primo germe di futura proprietà"[99], e dall'altro proprietà superficiaria, sorretta da una permanenza della prima quantomeno latente (ma pronta a risvegliarsi, salvo patto contrario, in caso di demolizione o crollo della costruzione, fungendo da titolo per la realizzazione di una nuova opera, entro il termine di prescrizione che riprende a decorrere), senza che vi sia posto per una terza categoria di proprietà separata non sorretta da un diritto reale di mantenere la stessa sul suolo e quindi destinata a spegnersi con il perimento o la demolizione dell'opera. Allo stesso filone può latamente ricondursi quell'impostazione che ravvisa in ogni caso nel diritto di superficie il presupposto di ogni indipendente proprietà sul soprassuolo o sul sottosuolo, riconoscendo però ampio spazio all'autonomia privata nel determinarne gli effetti di volta in volta voluti e in questa chiave mantenendo una limitata distinzione concettuale tra proprietà superficiaria e separata, sicché

> [l]a differenza tra proprietà superficiaria e separata non va ravvisata nella possibile mancanza, nell'ipotesi di alienazione di costruzione già edificata, di un sottostante diritto di superficie (che si ritiene comunque esistente e fondante la fattispecie) ma nella diversa ragione costitutiva del diritto medesimo. Nel caso disciplinato al primo comma dell'articolo 952 c.c. il superficiario acquista il diritto di costruire a titolo [derivativo] e, solo successivamente, all'edificazione della costruzione, la proprietà superficiaria della costruzione medesima impedendo così l'operare dell'accessione; nel secondo caso acquista a titolo derivativo la proprietà superficiaria della costruzione già edificata e, conseguentemente, al contempo, il diritto di superficie. Entrambe le ipotesi configurano, quindi, diritto di superficie da intendersi come la facoltà attribuita al superficiario di sfruttare pienamente il suolo concessogli con le sole, eventuali, limitazioni che siano state imposte all'atto del trasferimento. In ogni caso, per poter ricondurre la fattispecie concreta alla prima o alla seconda ipotesi, bisognerà avere riguardo al titolo originante il diritto di superficie e alla volontà espressa dalle parti ed in esso fissata[100].

superficie, in *Giustizia civile*, 1965, I, pp. 488-491.

[99] M. Bessone, M. Di Paolo, *Superficie (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 1.

[100] M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 79; fanno propria una lettura unitaria del diritto di

Nell'opposto orientamento, si offre invece tuttora una lettura tripartita delle figure riscontrabili all'articolo 952 del Codice[101]: diritto di superficie, proprietà superficiaria conseguente al primo, che si forma in modo originario in capo al costruttore per effetto dell'impedimento all'operare dell'accessione, e proprietà separata, che, non puntellata da un diritto di superficie, sorge in modo derivativo con l'atto di alienazione della costruzione e come tale è soggetta a estinzione con il perimento o la demolizione dell'opera, non trovando applicazione il comma terzo dell'articolo 954, che presuppone l'esistenza di un diritto di superficie[102]. In una prospettiva convergente, l'ipotesi di cui al secondo comma dell'articolo 952 si ricollega semplicemente

> alla facoltà di disporre delle cose, spettante al proprietario a norma dell'art. 832: questi può, nell'esercizio della sua facoltà di disposizione, frazionare in senso orizzontale il bene immobile di cui è proprietario e alienarne una frazione; ma può anche frazionare il bene in senso verticale e alienare la costruzione trattenendo per sé il suolo (e il sottosuolo)[103].

Secondo tale visione, anche ad ammettere che l'alienazione separata della costruzione implichi l'automatica costituzione di un diritto di superficie sul suolo, nell'ipotesi del secondo comma dell'articolo 952,

> non essendo la proprietà separata l'effetto del diritto di superficie […] bensì la causa, l'estensione o il venire meno del diritto di superficie, perché espressamente pattuito per un tempo determinato, non farà venire meno l'autonomo ed autosufficiente diritto di proprietà separata della costru-

superficie, con una rilevanza della distinzione tra proprietà superficiaria e proprietà separata solo quanto al modo di costituzione del diritto, anche M. Bessone, M. Di Paolo, *Superficie (dir. civ.)*, in *Enc. giur.,* XXX, Roma, 1993, pp. 1-2.

101 V. A. Riccio, *Il diritto di superficie, la proprietà superficiaria e la proprietà separata*, in *Contratto e impresa*, 1998, pp. 428-432; R. Peratoner, *Della superficie*, in *Artt. 952-1099: superficie – enfiteusi – usufrutto – uso e abitazione – servitù prediali*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2008, pp. 11-17; per una critica di tale impostazione, cfr. M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 79-86.

102 Per tale ricostruzione, v. G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni,* Milano, 1998, pp. 82-83.

103 F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I: *le categorie generali, le persone, la proprietà*, IV ed., Padova, 2004, p. 522.

zione, a suo tempo scissa dal suolo ad opera del precedente proprietario e poi alienata. Il proprietario della costruzione separata dalla proprietà del suolo, una volta estinto il diritto di superficie perché pattuito a tempo determinato, potrà disporre e godere della costruzione fino a quando essa esiste; tuttavia non potrà ricostruirla una volta perita[104].

Piuttosto isolata, ma degna di menzione, è la posizione del Palermo. Se, da un lato, l'Autore riconosce un ruolo a una nozione di autonoma proprietà separata, dall'altro lato ne restringe decisamente il campo:

> tale ipotesi […] si colloca nettamente al di fuori della disciplina della «superficie», dettata dagli artt. 952 e ss. Essa può ricorrere, unicamente e soltanto, allorché i soggetti interessati abbiano posto in essere un contratto diverso, così ad esempio una locazione, sia pure con elementi di «atipicità», in costanza della quale sia consentito, per patto espresso, al conduttore del fondo di realizzare quella costruzione, che egli continuerà a tenere in sua proprietà, esclusa essendo l'operatività del principio di accessione, ai sensi dell'art. 934, ultima parte, anche nel periodo successivo all'estinzione del rapporto contrattuale. In tutte le altre ipotesi, il diritto – costituendo oggetto di un atto dispositivo, naturalmente preordinato a comprendere pure le facoltà di utilizzazione del suolo – non potrà configurarsi se non alla stregua di proprietà superficiaria, rivestendo il carattere saliente che, sul piano normativo, la individua come situazione giuridica avente propria tipicità[105].

Ancora più peculiare in questa ricostruzione è la risoluzione della figura del diritto reale sul suolo altrui in quella della proprietà superficiaria, in una sorta di lettura unitaria[106] della natura dell'istituto in discorso. Il superficiario allora, acquistato il suo diritto,

> potrà, qualora una costruzione non preesista, realizzarla ponendo in essere a tal riguardo tutti i comportamenti che siano giustificati dall'esecuzione dell'opera.

[104] F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I: *le categorie generali, le persone, la proprietà*, IV ed., Padova, 2004, p. 544.

[105] G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 20.

[106] Presenta punti di contatto con essa quella dottrina che interpreta unitariamente la struttura della superficie come un istituto in cui dalla proprietà in potenza si giunge alla proprietà in atto e (con la distruzione) viceversa, in un peculiare percorso circolare: G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (II parte)*, in *Rivista del notariato*, 2017, III, pp. 1067-1070.

Ciò facendo, non eserciterà un autonomo *ius ad aedificandum*, ma puramente e semplicemente un complesso di facoltà, che sono già tutte comprese nel diritto di proprietà superficiaria.

È da escludere che codesto diritto sorga solo al momento della costruzione dell'edificio, quando cioè quest'ultimo viene ad esistenza nella sua materialità. Esso, investendo immediatamente il suolo (o il sottosuolo) come spazio utile ai fini edificatori, è fin dall'inizio un *ius in re*, anche quando l'edificio non è ancora realizzato; quale oggetto giuridicamente rilevante, ha un bene, che già attualmente esiste, e che non può pertanto definirsi come bene futuro, salva – com'è ovvio – l'estensione del diritto alla costruzione, allorché quest'ultima abbia a sorgere sul suolo. Ne consegue l'impossibilità di contrapporre le situazioni giuridiche, disciplinate dal 1o e dal 2o comma dell'art. 952, essendo la loro diversità esclusa dalla comune riconducibilità all'unica categoria della proprietà superficiaria; la quale, come racchiude in sé il c.d. diritto di appoggio e di mantenimento della costruzione in concreto esistente, così viene ad assorbire l'*ius ad aedificandum*, senza lasciare alcun residuo[107].

L'adesione all'uno o all'altro degli orientamenti non è peraltro questione puramente accademica, implicando vari e non irrilevanti problemi pratici:

[i]n primo luogo certamente quello della natura da dare all'atto di trasferimento della proprietà della costruzione già edificata nell'eventualità che il contratto nulla specifichi in merito alla possibilità di apportare o meno variazioni o di ricostruire l'opera in caso di perimento o di distruzione. In secondo luogo i limiti del potere del superficiario e, quindi, i confini del *pati* del proprietario del fondo. Quindi la natura del potere del titolare della costruzione sul fondo altrui (potere mediato o diretto) […] o i confini del godimento dello spazio circostante la costruzione[108].

Neanche la giurisprudenza sembra offrire risposte definitive: ammessa senza difficoltà, in presenza del Codice del 1942, la natura reale del diritto già prima dell'avvenuta realizzazione dell'opera[109], l'orientamento della Corte di Cassazione è parso di recente consolidarsi verso l'accoglimento della visione tripar-

[107] G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 25-26.

[108] M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 75-76.

[109] *Cass. civ., sez. II, 13 ottobre 1976, n. 3409, MFI, 1976, 692*; *Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7300*.

tita[110], ammettendo la categoria di una proprietà separata autonoma dal supporto di un diritto di superficie esistente sul suolo, mentre in passato aveva fatto propria la più diffusa interpretazione che ritiene sempre esistente il diritto di superficie in tutte le ipotesi contemplate dall'articolo 952[111].

C. *Discussione critica delle teorie sulla natura della superficie*

Senza farsi trascinare nel gorgo dei dibattiti dottrinali interni a ciascuno dei sistemi studiati, portati avanti servendosi dei più variegati argomenti dogmatici, appare però opportuno esprimere qualche sintetica valutazione sulle opinioni fin qui riportate, stimando delle diversificate posizioni espresse l'attitudine a rispondere al meglio, anche in un'ottica di circolazione virtuosa di modelli all'interno della tradizione giuridica occidentale, alle istanze sociali sottese all'istituto superficiario e alla *ratio* giustificatrice che ne ha accompagnato l'evoluzione. Limitando la

[110] *Cass. civ., sez. II, 13 febbraio 1993, n. 1844, Giurisprudenza italiana, 1994, I, I, 1852*, dove v. anche la nota di A. Chianale, *Il diritto di superficie: epitomi giudiziarie ed occasioni perdute*, critico in merito alla soluzione adottata sulla base di considerazioni di efficienza proprie dell'analisi economica del diritto; *Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2004, n. 2100* (chiamando la situazione dominicale sulla costruzione non sostenuta da un corrispondente diritto reale sul suolo "proprietà superficiaria separata"); v. anche *Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2004, n. 22032*: "Il proprietario del suolo – che, compatibilmente con la disciplina pubblicistica, può sempre erigere delle costruzioni, delle quali acquista la proprietà – con apposito titolo a vantaggio di terzi può costituire il diritto di superficie (art. 952 comma 1 c.c.), ovvero, la proprietà superficiaria separata dalla proprietà del suolo (art. 993. comma 2 c.c.). Le conseguenze sono diverse. Il diritto di superficie conferisce al titolare il diritto di soprelevazione e di ricostruzione; la proprietà superficiaria separata circoscrive il diritto all'immobile esistente e si protrae fino a quando l'immobile permane. Nel caso di vendita dei piani o delle porzioni di piano dell'edificio da parte del costruttore unico proprietario, che si riserva la proprietà del suolo, viene in essere la proprietà separata degli immobili venduti"; *Cass. civ., ss.uu., 30 luglio 2007, n. 16794*; sembra invece deporre in senso diverso *Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2006, n. 4258*: "La scissione, da cui deriva la costituzione della proprietà superficiaria, può essere fatta dal proprietario in due modi distinti: a) concedendo ad un terzo il diritto di costruire sul terreno e, quindi, di conseguire la proprietà superficiaria per effetto della costruzione (art. 952 cod. civ., comma 1); b) alienando ad un terzo la costruzione già esistente e costituendo così la proprietà separata (art. 952 cod. civ., comma 2)".

[111] *Cass. civ., sez. II, 5 maggio 1958, n. 1467, Repertorio giustizia civile, 1958, 3257, Superficie, 3*; *Cass. civ., sez. II, 3 dicembre 1964, n. 2851, RFI, 1965, Trascrizione, 3083, 17*.

discussione critica alle idee sostenute nella dottrina dei nostri giorni, in Francia le posizioni monistiche sembrano risentire di una certa oscillazione teorica: da un lato, esse escludono che il proprietario delle costruzioni o piantagioni abbia in quanto tale un diritto reale sul suolo altrui, rimarcando la differenza tra dissociazione fisica della proprietà e suo smembramento. Dall'altro lato, esse finiscono in ogni caso per ammettere a beneficio del proprietario superficiario un diritto al godimento del suolo, di cui la superficie funge solitamente da accessorio, interpretando quindi la situazione giuridica del proprietario del terreno come gravata da un obbligo di non fare, di portata tale da paralizzarne quasi totalmente le prerogative dominicali più vitali. Il ragionamento sbocca quindi spesso proprio nel riconoscimento della natura reale dell'ulteriore diritto del superficiario sul suolo, sia pure distinto dal vero e proprio diritto di superficie che vi funge da accessorio. Tale sdoppiamento del diritto si evidenzierà nell'analizzare la ricostruzione che i sostenitori della teoria monista offrono solitamente dei contratti di locazione anomala strutturalmente attributivi di un diritto di superficie, distinguendo nella fisionomia di queste convenzioni il diritto reale conferito dal contratto dall'ulteriore diritto di superficie che del primo sarebbe conseguenza. Parimenti avviene in tema di vendita di superficie a titolo principale, per cui muovendo dalle basi della teoria monista si dovrà richiedere che la cessione di una costruzione o del diritto di realizzare la stessa debba accompagnarsi necessariamente alla costituzione di una servitù di utilizzo del suolo e di tutte le altre servitù necessarie all'esercizio del diritto di proprietà sulla costruzione[112]. Come si vedrà, è una ricostruzione che sembra soffrire di una certa fragilità sistematica, estranea tanto al percorso storico quanto alla funzione sociale della superficie, con complicazioni e costi di transazione aggiuntivi per i soggetti coinvolti. Può inoltre osservarsi, in considerazione delle tendenze evolutive del diritto vivente d'oltralpe, l'affievolirsi della principale ragione storica della scelta di un'identificazione esclusiva del diritto di superficie

[112] Cfr. P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, p. 53.

con una forma di proprietà, ovvero la salvaguardia del dogma del *numerus clausus* dei diritti reali.

Molti dei problemi appena menzionati sembrano convenientemente evitati dalla teoria dualista quale intesa dalla maggior parte dei suoi sostenitori, che, nel cogliere il carattere strutturalmente complesso del rapporto superficiario, individuano una soluzione ricostruttiva assai prossima a quella a cui, nel solco delle riflessioni di alcuni autori, è pervenuto il nostro Codice del 1942. In particolare, ben si adatta l'impostazione della teoria dualista alle locazioni superficiarie; in tale ottica, l'unica locazione anomala effettivamente attributiva di un diritto reale non semplicemente riconducibile a un diritto di superficie, variamente conformato, risulta essere la locazione enfiteutica, in particolare nella sua versione rurale. Diversamente può invece dirsi di tutte le altre locazioni superficiarie, evitando le complicazioni e le incertezze di cui l'applicazione del modello monista al *bail à construction* e alle sue evoluzioni più recenti è fonte[113]. La teoria monista più agevolmente si adatta però all'altro importante filone di manifestazione contemporanea del diritto di superficie in Francia: la proprietà dei volumi[114], il cui modello, evolutosi nella prassi degli attori economici, presuppone come carattere indefettibile, per molte delle operazioni contemplate, a partire da

[113] Cfr. J.-L. Tixier, *Le bail à construction: de la théorie à la pratique*, Parigi, 2006, p. 14: "l'absence de reconnaissance du caractère essentiel, et non accessoire, du droit de superficie dans le bail à construction s'explique principalement par la persistance du débat relatif au moment de la naissance d'un tel droit: peut-il s'agir de la date du contrat ou seulement de celle de l'exercice matériel de son droit par le superficiaire constructeur ?".

[114] Per un primo sguardo introduttivo a tale costruzione giuridica, che si approfondirà nel proseguo, v. F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 839: "La difficulté n'est pas sans relation avec la notion même de propriété immobilière. Dès lors que le droit de propriété immobilière n'est pas confondu, comme dans la vision classique, avec l'immeuble par nature qui en est l'objet, rien ne s'oppose à la reconnaissance, d'une part, d'une dissociation de la propriété de l'espace délimité par une parcelle de sol en plusieurs propriétés autonomes, d'autre part, de l'existence d'un véritable droit de propriété en l'absence même de bâtiments. La propriété foncière n'est autre chose, en définitive, que la maîtrise exclusive d'un espace, dont la définition par référence à une parcelle foncière n'est que le procédé habituel d'identification. Cette référence demeure lorsque la parcelle en question est elle-même subdivisée en plusieurs espaces ayant des propriétaires différents. Telle est l'hypothèse de la propriété en volumes"; v. anche Y. Strickler, *Les biens*, Parigi, 2006, pp. 383-385.

quelle su suoli demaniali, che il proprietario del volume non sia anche titolare di una prerogativa reale sul suolo. Un approccio rigorosamente improntato alla teoria dualista della superficie potrebbe allora mettere in forse tutto l'assetto della proprietà dei volumi, quale ormai consolidatosi nel diritto vivente. Una soluzione a tale problema potrebbe risiedere nello spostamento concettuale della tematica della proprietà dei volumi dalla sfera concettuale del diritto di superficie a quella dell'oggetto stesso della proprietà immobiliare. Per stabilizzare un simile assetto, un intervento del legislatore in termini di reciproca autonomizzazione e separazione concettuale delle principali manifestazioni della superficie francese, auspicato per esempio dai redattori del progetto di riforma del diritto dei beni, può risultare auspicabile. La teoria dualista potrebbe allora dispiegarsi al meglio come canone interpretativo di quello che rimarrebbe ancora nell'orbita dell'istituto superficiario, ovvero essenzialmente le locazioni superficiarie, dopo aver collocato definitivamente altrove la proprietà volumetrica. Tali considerazioni potranno in ogni caso meglio comprendersi, e saranno riprese e approfondite, in sede di analisi tanto delle locazioni reali quanto della proprietà di volumi.

Venendo all'ambito italiano, vi è chi, delle due teorie della superficie ivi più diffuse, quella bipartita e quella tripartita, ha tentato di svolgere un'analisi comparativa in chiave di efficienza di mercato, immaginando la situazione seguente:

> [i]potizziamo che Tizio, proprietario di un suolo edificabile, conceda a Caio il diritto di superficie e che Caio, costruito un edificio, lo alieni a Sempronio. La prima tesi giunge a contemplare tre distinte posizioni soggettive: Tizio è proprietario del suolo; Caio è titolare del diritto di superficie; Sempronio è proprietario della costruzione eretta da Caio. In caso di perimento della costruzione, il diritto di Sempronio si estingue e Caio può ricostruire un nuovo edificio, diventandone proprietario. La seconda tesi prevede che Sempronio, acquistando la proprietà sull'edificio eretto da Caio, ottenga anche il diritto di ricostruire in caso di perimento. In capo a Caio non permane più alcun diritto. Ipotizziamo in seguito che Mevio intenda acquistare l'intero complesso immobiliare, per trarre tutte le utilità connesse all'edificio, al suolo e al sottosuolo. Egli, se ritiene vantaggioso l'affare, attribuisce all'intero immobile un valore globale superiore a quan-

to, complessivamente, ciascuno degli interessati (Tizio, Caio, Sempronio) valuta il proprio diritto[115].

A partire da tale situazione, la teoria tripartita, coinvolgendo un maggior numero di soggetti, è giudicata di minore efficienza, in quanto la stipulazione di tre contratti invece che di due aumenterebbe i costi transattivi, in cui andrebbe perduta una parte del maggior valore attribuito al bene da Mevio e in cui potrebbe finanche essere assorbito il profitto da lui sperato, spengendolo a rinunciare all'acquisto; potrebbero inoltre essere incentivati comportamenti opportunistici, ognuno dei soggetti coinvolti potendo desiderare di negoziare per ultimo con Mevio, per ottenere un maggior prezzo[116]. A tali valutazioni, che potrebbero risentire dell'impronta latamente ideologica che in qualche modo accompagna l'analisi economica del diritto, se ne possono comunque aggiungere delle altre, ragionando sulle *rationes* giustificative dell'istituto quale via via manifestatosi nel corso del tempo. Della teoria tripartita si evidenzia infatti anche un altro difetto: la precarietà e l'aleatorietà della situazione del proprietario separato, non autorizzato alla ricostruzione. La durata nel tempo di tale situazione viene fatta dipendere dalle vicende non facilmente prevedibili del decadimento della costruzione, da un lato producendo un'incertezza in fase di negoziazione poco attrattiva per le parti coinvolte, dall'altro lato incentivando un declino delle condizioni del patrimonio immobiliare della società che contraddice la principale ragione giustificativa della superficie nel corso della Storia, ovvero l'affermazione di un principio di preminenza del lavoro vivo contro la staticità di situazioni di appartenenza formale fondate su un rapporto di astratta accessorietà tra cose. La proprietà separata disgiunta da un diritto di superficie, affermata in termini generali, sembra pertanto piuttosto un peso per la società che un suo elemento dinamico. Queste considerazioni devono però essere sfumate con altre valutazioni. La proprietà separata è stata più

[115] U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, pp. 296-297.

[116] U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, p. 297.

volte utilizzata per giustificare la proprietà delle costruzioni in capo all'enfiteuta, all'usufruttuario, al conduttore, ecc., nel tentativo di fornire una base argomentativa a ipotesi più sofisticate d'ingegneria giuridica quali quelle che hanno determinato la fortuna dell'istituto in Francia. Tale tentativo di valorizzare al massimo la portata della superficie nel nostro ordinamento è lodevole, tanto più alla luce delle potenzialità della figura in esame di realizzare istanze sociali diffuse e di rilievo costituzionale. La fragilità dogmatica di queste teorie, l'incertezza degli orientamenti giurisprudenziali e la distanza dalla prassi hanno però impedito a tali punti di vista di radicarsi per offrirsi come quadro teorico consolidato agli attori del diritto. È da vedersi se un attestarsi più saldo della giurisprudenza sulla teoria tripartita da essa fatta propria negli ultimi anni possa finalmente ambire ad assolvere a una simile funzione. Resta che in ogni caso la teorizzazione dell'autonoma categoria della proprietà separata sembra attualmente creare più problemi di quanti ne risolva e che – nell'attesa in ogni caso di un intervento del legislatore, che allo stato dei fatti sembrerebbe utile a dipanare la matassa e a ridare alla superficie un auspicabile slancio vitale – un quadro teorico come quello, per esempio, fatto proprio dai giuristi belgi, della superficie-conseguenza, potrebbe più efficacemente risolvere le problematiche delle situazioni in cui il diritto reale in oggetto trova il proprio titolo di esistenza in un diverso e principale rapporto che giustifica l'occupazione del suolo da parte di un enfiteuta, usufruttuario, conduttore, ecc. Su questi temi si tornerà più volte nel corso del testo e si cercherà nelle osservazioni conclusive di dare qualche altra risposta. È solo opportuno rimarcare qui come, tenuto conto dello spiccato valore e dell'utilità sociale dell'istituto superficiario, attualmente meglio sfruttato in Francia che in Italia ma con ampi margini di evoluzione anche nel nostro ordinamento, si voglia nel presente lavoro esprimere un maggiore apprezzamento per quelle teorie più adatte al massimo sviluppo pratico e sfruttamento delle potenzialità del diritto di superficie. Proprio in tale chiave si è inteso esprimere una valutazione sulle diverse impostazioni descritte, nessuna delle quali priva di autorevolezza e d'intrinseco valore. La teoria dualista sembra dunque cogliere al meglio in Francia

la complessità e la molteplicità di sfaccettature del fenomeno in discorso, che sono ciò che ne determina il successo; lo stesso può dirsi da noi per la visione bipartita, che riconosce come strutturale sul piano teorico e realisticamente mai dispensabile l'elemento del rapporto dell'opera con il suolo a cui essa è fisicamente ancorata.

Sottosezione II. *Diritti reali e diritti personali: un confine sottile*

Tanto da un punto di vista storico quanto nella sua conformazione attuale, il diritto di superficie si presenta come un punto di contatto tra i due mondi dei diritti reali e dei diritti personali: diritto reale, ma nato come diritto personale; diritto reale, che spesso in Francia s'inquadra in un rapporto contrattuale di locazione. Per meglio comprendere questa natura complessa dell'istituto oggetto di studio, sarà bene dedicare qualche pagina alla distinzione tra le due categorie di diritti e alle fragilità di questa stessa classificazione, la cui permeabilità e le cui frontiere mobili hanno reso possibile lo sviluppo di figure di confine.

A. *Spunti dalla dottrina francese: la critica dell'opposizione tra diritti reali e diritti di obbligazione*

Può essere opportuno a questo punto osservare come la validità classificatoria della distinzione tradizionale dei diritti in reali e personali, a volte data frettolosamente per scontata dalla manualistica tanto italiana quanto francese, sia stata a più riprese messa in discussione da diversi autori, pur riuscendo nel corso del tempo a mantenere il favore della componente maggioritaria della dottrina. Eppure, dalla fine del XIX secolo fino ai nostri giorni, voci importanti hanno mantenuto e rilanciato tali critiche con varie argomentazioni. Pur forse peccando di una certa astrazione concettuale, è opportuno rammentare questo dibattito, in quanto esso tocca una serie di punti che riaffiorano sovente nella presente trattazione e in particolare pone alcuni presupposti teorici al dibattito sull'inquadramento sistematico del contratto

di locazione in generale e delle locazioni superficiarie in particolare. Tale rapido *excursus* vuole anche essere uno stimolo a non cadere mai nella trappola di considerare date e invariabili le classificazioni di ogni sorta riproposte dalle dottrine correnti, in quanto esse sono in ogni momento passibili di revisione critica da ogni lato, tanto nella ridiscussione della logica interna e rispetto al sistema concettuale nel suo complesso, com'è il caso degli autori soprattutto francesi qui oggetto di analisi, quanto nella riconsiderazione dell'utilità e quindi rispondenza pratica alle istanze espresse dalle società umane. Infine, tale dibattito ha sicuramente conseguenze attuali nelle letture che gli autori francesi offrono dei fenomeni di confine tra realità e obbligatorietà, incidendo sull'oggetto della presente trattazione. Anzi, il fatto che da lungo tempo la distinzione sia oggetto di approcci critici ha con ogni probabilità contribuito a creare nella cerchia dei giuristi d'oltralpe un terreno fertile perché lo sviluppo di tali figure di confine potesse germogliare rigoglioso.

Già con la fine del XIX secolo, autori di diritto civile via via anche di primo piano avevano reputato fragile la descrizione dei diritti reali come tradizionalmente concepita[117]. A essa, non suffragata solidamente peraltro neanche dalla sistematica più pratica che teorica del *Code Civil*, fu opposta la teoria dell'obbligazione passiva universale[118], che Planiol recepì nel suo manuale. In tale ottica, è reputata un fraintendimento già sul piano storico la moderna traslazione nel diritto sostanziale della distinzione del diritto romano *actio in rem – actio in personam*[119], ritenendola un fattore di disorientamento, in quanto peraltro il termine "personale" già indica i diritti intrasmissibili, che cessano di esistere con il loro titolare, e quelli non suscettibili di esecuzione forzata[120]. La definizione corrente di diritto reale – come situazione in cui una cosa è soggetta al potere di una persona in virtù

[117] E. Roguin, *La règle de droit*, Losanna, 1889, pp. 207 ss.

[118] H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse Paris, 1900.

[119] H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse Paris, 1900, pp. 44-45.

[120] M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, IV ed., Parigi, 1906, p. 675, p. 678.

di un rapporto immediato e diretto tra la persona e la cosa, opponibile a tutti gli altri soggetti, dai quali è però possibile fare astrazione nell'esercizio del diritto – la cui diffusione sarebbe stata favorita dalla sua semplicità e intuitività mancherebbe però, secondo la critica, di solidità teorica, confondendo il piano fattuale, del possesso esercitato dalla persona sulla cosa, con quello del diritto, ovvero di un rapporto giuridico, che per verità assiomatica non può che essere tra soggetti dell'ordinamento, e quindi tra persone. Si pone dunque il problema d'individuare il termine passivo del rapporto, che sarebbe ogni altra persona che entri in relazione con il soggetto attivo; il rapporto avrebbe sempre una natura obbligatoria, tanto per i diritti comunemente detti personali che per quelli detti reali, con la differenza che per questi ultimi il contenuto potrebbe essere soltanto quello di un'obbligazione di non fare, consistente nell'astensione da ogni atto che potrebbe turbare il possesso pacifico garantito dalla legge[121]. Alla distinzione tradizionale frutto di una percezione da lui ritenuta erronea, Planiol oppone allora la diversa classificazione in diritti assoluti e relativi: i primi, caratterizzabili come obbligazioni universali sancite dalla legge[122] con oggetto di *non facere*, al pari della tutela rivolta dall'ordinamento alla vita, all'onore, ecc.; i secondi, opponibili soltanto a una o a più persone specificate, con oggetto che può essere anche positivo, un *facere* o un *dare*[123]. Nell'ottica della nuova teoria, può affer-

[121] M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, IV ed., Parigi, 1906, pp. 676-677; E. Roguin, *La règle de droit*, Losanna, 1889, p. 269: "les droits réels sont formés d'un faisceau de devoirs passifs imposés à la totalité des justiciables, et […] chacune de ces fibres juridiques a la même nature qu'une obligation au sens spécial du mot. Il y a donc identité de nature intime entre les éléments des deux genres de droitures, avec la réserve que celui des droits réels est toujours un devoir passif"; H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse Paris, 1900, pp. 258-260; v. anche sul tema V. Forti, *La titrisation des créances en droit comparé: contribution à l'étude de la propriété*, Clermont-Ferrand, 2012, pp. 437-438.

[122] Cfr. E. Roguin, *La règle de droit*, Losanna, 1889, p. 269: "Aucun usage de la chose considéré en soi ne fournit nécessairement un droit réel ou personnel, puisque la distinction est donnée par le genre de rapports avec les tiers. La nature du droit dépend uniquement de la volonté du législateur, qui peut faire à son gré de la même utilisation d'une chose un droit d'obligation ou un droit réel".

[123] Peraltro, con l'ulteriore differenza tra le due categorie di diritti che, secondo M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés*

marsi una priorità logica dei diritti assoluti sui diritti relativi, che avrebbero in definitiva per oggetto l'utilizzo o il trasferimento dei primi[124]. Seguendo l'enunciata teoria personalista, così denominata a causa della sua attitudine a risolvere i diritti reali in diritti personali nei confronti di un numero indeterminato di soggetti dell'ordinamento, vi sono importanti conseguenze pratiche della nuova bipartizione dei diritti: solo se assoluti essi danno luogo per esempio a un diritto di sequela, con accesso alle azioni reali, e a un diritto di preferenza rispetto agli altri creditori in caso d'insolvenza (è in particolare il caso dei cosiddetti diritti reali di garanzia).

Ulteriori visioni del rapporto tra diritti reali e personali emergevano negli anni successivi, sviluppando in direzioni diverse le critiche che avevano messo in discussione la prospettiva tradizionale. Tra queste, spicca l'impostazione di Demogue, che rifiutava ogni bipartizione se non quella empirica tra diritti che si esercitano direttamente sulle cose e quelli che si rapportano a uno stato di fatto che presuppone l'esistenza di altre persone e, ritenendo tutte tali situazioni giuridiche delle obbligazioni della stessa natura qualitativa, la loro differenziazione quantitativa di forza e incisività si fondava su considerazioni pratiche, analizzando di volta in volta per ciascun diritto in questione, secondo l'intento perseguito dalla legge e gli interessi da essa protetti, la presenza totale o parziale di attributi come il diritto di sequela e il diritto di preferenza, in un'ottica di duttile gradazione della forza dei vari diritti[125]. Peraltro, critiche alla tradi-

de droit, t. I, IV ed., Parigi, 1906, p. 678: "l'abstention imposée par l'existence d'un droit réel ne diminue en rien les facultés naturelles ou légales des autres personnes, on leur demande seulement de ne pas nuire au titulaire du droit ; tous les droits qui leur sont propres restent intacts. Au contraire, l'abstention qui fait l'objet d'un droit de créance, quand l'obligation est de ne pas faire, diminue sur un point particulier les facultés légales du débiteur ; son obligation de faire une chose qui lui serait permise d'après le droit commun. […] Les droits réels figurent seulement comme éléments d'actif dans le patrimoine de leur titulaire ; l'obligation de s'abstenir, qui en forme la contre-partie, n'a pas besoin d'entrer en ligne de compte dans le patrimoine d'autrui"; sulla distinzione tra diritti assoluti e relativi, v. già C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi, 1870, pp. 339-341.

124 V. E. Roguin, *La règle de droit*, Losanna, 1889, pp. 213-214, pp. 216-217.

125 Dall'accoglimento dell'analisi del diritto reale sotto forma di obbligazione

zionale distinzione in diritti reali e personali non sono neppure mancate dall'opposto versante di chi tendeva a risolvere i diritti personali in diritti reali, reificati i crediti, suscettibili di circolare e considerati fondamentalmente in rapporto alla cosa su cui in definitiva portano, nel quadro di una relazione non più tanto fra due persone, quanto fra due patrimoni[126].

Le nuove impostazioni dei diritti reali si trovavano ad affrontare una decisa levata di scudi da parte della dottrina maggioritaria[127], che da un lato affermava il carattere primordiale, dato e intangibile, della distinzione dei diritti in reali e personali[128], dall'altro tentava di far confluire l'obbligazione passiva universale – come generale obbligo giuridico di rispetto, forma di tutela e risvolto sul lato esterno del diritto reale – nella teoria tradizionale[129]. Questo tentativo di sintesi delle due visioni non sembrava né innovativo, né definitivo a Ginossar, che lamentava il permanere di un'oscurità e di un'approssimazione di tutte le teorie del sistema dei diritti reali[130]. Anche attributi della realità che erano parsi pacifici risultavano a un'analisi più approfondita, secondo l'Autore, assai sfumati. Inoltre, ad approfon-

passiva universale, tale Autore faceva derivare un interessante corollario, la possibilità che esso (per esempio, un'ipoteca) potesse avere per oggetto anche una cosa futura, come ogni altra obbligazione, nell'interesse di una più snella circolazione dei crediti: v. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé: essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Parigi, 1911, pp. 338 ss.

126 V. R. Saleilles, *L'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, III ed., Parigi, 1914, p. 74.

127 L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, II ed., Parigi, 1932, pp. 694-695.

128 H. Capitant, *Les notions fondamentales du droit privé, d'après le livre de M. Demogue*, in *RTD civ.*, 1911, pp. 738-739, peraltro contestando la nozione stessa di obbligazione passiva universale come rapporto di diritto tra gli individui, ritenendo tale solo la relazione tra persone specificamente legate da un'operazione giuridica, sia essa un contratto, quasi-contratto, delitto o quasi-delitto, l'obbligo di non interferenza nell'altrui diritto reale non essendo che un "ordre édicté par le droit positif, rien de plus" (p. 739).

129 L. Rigaud, *Le droit réel: histoire et théories*, thèse Toulouse, 1912, pp. 248-250, 479-480; per uno sforzo recente di sintesi delle teorie contrapposte della proprietà in Francia, cfr. Ch. Gijsbers, *L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, in *Les piliers du droit civil: famille, propriété, contrat*, Parigi, 2014, pp. 139 ss.

130 S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 16-18.

dire l'analisi, si manifestava il permanere di un limbo di figure anomale e sincretiche, con sfumature di realità e di personalità, talmente vasto da includere variamente molti dei principali istituti tradizionalmente ricondotti a un lato o all'altro della bipartizione: si pensi all'usufrutto, all'enfiteusi, alla servitù prediale, all'ipoteca, da una parte, e alla locazione, dall'altra[131].

Le riflessioni di Ginossar davano luogo all'edificazione di un nuovo sistema, che l'Autore fondava su una riscoperta del diritto romano per contrapporlo a quello tradizionale, visto come un fraintendimento e una complicazione delle originali categorie per opera dei romanisti, a partire dalla teoria dei diritti reali minori come smembramenti del diritto di proprietà che ne condividono la natura. Al centro della rinnovata sistematica, che ricomponeva con radicali differenze gli elementi tramandati dalla tradizione, stava il diritto di proprietà, escluso dal novero dei diritti reali e considerato esso solo diritto assoluto, in virtù del quale una cosa appartiene a una persona: una cosa che può essere tanto corporale, immobile o mobile, suscettibile di appropriazione fisica, quanto incorporale; in particolare, le cose incorporali, anch'esse oggetto di appropriazione, sarebbero tanto i diritti intellettuali, quanto i diritti che l'Autore considerava relativi[132]. Questa categoria, dei diritti relativi (o di obbligazione) – in quanto potere di esigere da un'altra persona una prestazione attiva o passiva – comprenderebbe tanto i diritti personali,

[131] S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 15-16.

[132] S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 181 ss.; cfr. S. Ginossar, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, in *RTD civ.*, 1962, pp. 588-589: "Pour rompre ce dangereux immobilisme, où la doctrine entière risque de périr, il faut se décider à intégrer tout d'abord l'obligation passive universelle dans la notion de droit de créance et celle-ci, à son tour, dans celle de droit réel sur la chose d'autrui. La classification des droits patrimoniaux en sort, il est vrai, complètement renversée ; mais en revanche le système qui émerge présente un ensemble non moins cohérent que l'ancien, tout en étant exempt de ses imperfections"; cfr. la critica di L. Rigaud, *À propos d'une renaissance du « jus ad rem » et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1963, p. 564: "Or, M. Ginossar est tellement féru de cette conception d'une science juridique dite pure, selon laquelle la notion d'obligation, devenue une sorte de dénominateur commun du droit, suffirait à tout expliquer, qu'il en est arrivé à vider le concept de propriété de son contenu réel, en le confondant purement et simplement avec celui de titularité".

quanto quelli reali, quanto pure figure miste e di confine, tutti accomunati dalla compresenza sia di un'obbligazione passiva universale[133], nei confronti della totalità dei consociati, di non ostacolare il pacifico esercizio del diritto, sia di una più specifica obbligazione individuale, che nel caso dei diritti personali peserà sulla figura identificata del debitore e, per i diritti reali, sulla persona a cui appartiene la cosa gravata dal diritto[134]. La differenza tra diritti personali e reali risiederebbe allora essenzialmente nel diverso caratterizzarsi dell'obbligazione per quanto riguarda la modalità di determinazione del soggetto obbligato passivo individuale: nel primo caso, persona identificabile in capo alla quale il legame permane – fatti salvi il suo passaggio a successori *mortis causa* nei quali la sua situazione giuridica si perpetua e operazioni di novazione soggettiva, che richiedono il concorso anche del creditore e del nuovo debitore – mentre nel secondo caso chiunque si trovi a essere nel corso del tempo proprietario della cosa (corporale o incorporale) gravata – seguendone di volta in volta le vicende di trasferimento, senza la necessità di un consenso né dei successori nella proprietà del bene, né del titolare del diritto che lo grava[135].

La teoria di Ginossar ha immediatamente ravvivato le discussioni in tema di diritti reali. Sono presto giunte le risposte di giuristi a difesa della teoria tradizionale, in particolare riaffermando la natura del diritto reale – inclusavi la proprietà quale paradigma primario della categoria – come rapporto di vario

[133] Quindi, vi sarebbe un'obbligazione passiva universale tanto in presenza di un diritto personale, quanto di un diritto reale, entrambi facendo parte del patrimonio del loro titolare attraverso un legame di appropriazione, diritto assoluto che s'impone a tutti i consociati: S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 184-185.

[134] V. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 122-123: "Ainsi dans la composition du droit réel sur la chose d'autrui entrent tous les éléments caractéristiques du droit d'obligation. Rien n'y manque : créancier, débiteur, lien de droit les unissant, prestation négative ou positive, sans même omettre l'obligation passive universelle"; S. Ginossar, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, in *RTD civ.*, 1962, p. 38: "il peut paraître surprenant d'avoir à reconnaître la nature relative du droit réel et l'aspect absolu du droit relatif".

[135] S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 124 ss.

contenuto tra un soggetto attivo e una cosa, e quando diverso dalla proprietà caratterizzantesi come suo limitato smembramento, partecipe di una stessa natura. L'obbligo del proprietario di rispettare il gravame sul proprio bene sarebbe allora pari al dovere di non ingerenza di ogni altro consociato, conseguenza necessaria ma non componente strutturale del rapporto immediato tra un soggetto e una cosa, che può essersi instaurato in virtù di un rapporto contrattuale, ma non per questo diventando di per sé una relazione obbligatoria tra due soggetti. Inoltre, il diritto reale su cosa altrui non avrebbe bisogno di passare per un'appropriazione per presentarsi come diritto assoluto, imponendosi di per sé al rispetto dei consociati, mentre le obbligazioni reali, in definitiva mere obbligazioni personali a cui un soggetto è tenuto in virtù della sua qualità di proprietario, manterrebbero un ruolo marginale nel sistema[136].

Ancora oggi, sussiste un filone di dottrina che, sviluppando l'opinione di Ginossar[137], ne ha esplorato le conseguenze, in

[136] J. Dabin, *Une nouvelle définition de droit réel*, in *RTD civ.*, 1962, pp. 41-43; aggiunge in conclusione l'Autore che, quale che sia l'esattezza del recupero dell'impostazione del diritto romano, tale argomento storico sarebbe tutt'altro che risolutivo, in quanto l'elaborazione di generazioni di giuristi nel frattempo intervenuti, misurandosi con i problemi di società cambiate nel corso del tempo, offre un patrimonio di soluzioni potenzialmente valide, a prescindere dal loro livello di adesione alle regole effettivamente applicate nella Roma antica. Per l'ulteriore replica a Dabin, cfr. S. Ginossar, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, in *RTD civ.*, 1962, pp. 573 ss.

[137] Cfr. F. Zenati-Castaing, *La nature juridique de la propriété: contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981, p. 817: "La propriété n'est pas un droit réel. Elle est une notion fondamentale du droit exprimant le rapport privatif par lequel une personne fait sienne un bien ou un droit. Ce rapport privatif est dénommé droit subjectif dans la pensée juridique moderne"; p. 818: "tout droit autre que la propriété consiste en un rapport d'obligation, d'autre part […] les droits d'obligation sont des rapports juridiques réifiés et donc des biens objets de propriété. La dichotomie des droits en subjectifs et patrimoniaux apparaît ainsi essentielle"; l'Autore ha più di recente rielaborato le basi della propria teoria in direzione diversa rispetto alla teoria dell'obbligazione reale: v. F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, pp. 456-457: "La réalité des droits sur la chose d'autrui provient fondamentalement de ce qu'ils constituent un droit aux utilités d'une chose et non pas un service rendu par une personne. La technique du droit réel repose sur un transfert d'utilité. Plutôt que de se réserver les utilités de sa chose, le propriétaire en concède le bénéfice à autrui. Le droit de suite n'est qu'un corollaire de la réalité du service dû par une chose. […] Le transfert des utilités peut se faire au profit d'une personne mais aussi au profit d'une chose, ce qui est le cas de la servitude prédiale".

particolare in tema di estensione di categorie come il possesso, i diritti reali, l'indivisione, ecc., al di là del campo tradizionale delle cose corporali. Inoltre, nuove e ulteriori classificazioni, più o meno originali rispetto alle precedenti, sono state proposte[138]. All'impostazione di Ginossar, si obietta soprattutto l'eccessivo ampliamento della nozione di proprietà, ridotta genericamente a ogni forma di titolarità, anche vertente su un credito, fino a svuotarne il contenuto distintivo. In ogni caso, resta tuttora decisamente preponderante la visione tradizionale, pur precisata e arricchita laddove pareva meno solida, come nel declinarsi del rapporto d'immediatezza tra persona e cosa[139]. L'impostazione di Planiol è ai nostri giorni diffusamente rigettata, criticata come esasperazione dell'individualismo e del volontarismo che già permeano il *Code civil*, con una riduzione del mondo del diritto a rapporti tra individui ed escludendone tanto le cose materiali quanto la società organizzata in Stato[140]. Alcuni autori, pur

[138] Come quella in diritti a realizzazione immediata e mediata, con questi ultimi ripartiti in diritti di credito, potestativi e ingiuntivi e i diritti reali variamente sparpagliati tra tutte queste categorie e sub-categorie: F. Hage-Chahine, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, in *RTD civ.*, 1982, pp. 705 ss.; v. anche la classificazione che include tra i diritti reali quello del conduttore, in quanto attributivo di un potere diretto di utilizzo di una cosa, escludendone invece privilegi e ipoteche: M. Chauveau, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1931, pp. 539 ss.; cfr. J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, 1951, pp. 303 ss.; e ancora, la dissoluzione della tradizionale distinzione in una classificazione fondata sulla natura delle cose oggetto del diritto, nonché in quella generalissima tra norme giuridiche, tali da legare fra loro le persone, e diritti soggettivi, tali da legare le persone alle cose, tra cui sono compresi i crediti: T. Lakssimi, *La* summa divisio *des droits réels et des droits personnels: étude critique*, Parigi, 2016.

[139] Cfr. F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 62: "Il peut exister des rapports juridiques entre personnes et choses sans que pour autant les choses soient tenues d'une obligation. Une chose […] peut être objet de droit, et c'est tout ce qu'on veut dire quand on parle de rapport juridique entre personnes et choses". Nella dottrina italiana, v. la riflessione di U. Mattei, *I diritti reali, 2: La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2015, p. 150: "In estrema sintesi, può dirsi che il connotato che distingue la struttura proprietaria rispetto a quella del diritto reale è soltanto il così detto principio dell'elasticità del dominio […], che dal punto di vista economico altro non significa che assorbimento residuale del plusvalore (residual claim) e assenza di monitoraggi interni".

[140] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4: *les obligations*, XXI ed., Parigi, 1998, p. 75. Per contro, una diversa interpretazione in F. Zenati-Castaing, *La nature juridique de la propriété: contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981, p. 7: "Le

mantenendo come indirizzo di massima la teoria tradizionale, riconoscono però lo sfumarsi e il farsi più labile e relativo[141] della frontiera tra le due categorie, in presenza, oggi, di un modello di produzione in cui i crediti circolano velocemente e in grande misura sotto forma di valori mobiliari dematerializzati, mentre le imprese operano spesso sotto forma societaria, conferendo agli associati diritti non pienamente riconducibili né all'una, né all'altra specie[142]; ancora, si riconosce come i diritti sulle creazioni intellettuali, d'importanza ormai enorme nella società post-industriale, restino estranei alla tradizionale classificazione[143]. Scoperchiato ormai da lungo tempo il vaso di Pandora, si può auspicare un prosieguo ancora vivace della riflessione su un tema su cui l'ultima pietra sembra tutt'altro che posata[144].

B. *La natura del diritto del conduttore di beni immobili*

Si è appena descritta, in rapidi cenni, l'interminabile discussione sulla validità classificatoria e sui limiti della distinzione dei diritti in reali e personali. Un dibattito tematicamente legato a esso, di portata più circoscritta ma non per questo di minore vitalità, da due secoli concerne poi la natura del diritto conferito al conduttore di beni immobili, se sia riconducibile piuttosto alla categoria dei diritti personali ovvero di quelli reali. L'individuazione in questa figura di un istituto di confine, partecipe di attributi comunemente associati tanto all'una, quanto

propriétaire ayant pratiquement été réduit à un créancier, il était loisible de mettre à sa charge des obligations au nom des idées sociales qui parsemaient le temps".

141 P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, pp. 116 ss., affermando d'altra parte al tempo stesso una più forte energia del diritto reale, tale da porlo in una scala gerarchica su un gradino superiore al diritto personale, la cui esecuzione dipende dal debitore e, in particolare, dal suo stato di solvibilità; cfr. T. Lamarche, *L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications*, in *RTD civ.*, 2006, pp. 1 ss., incentrando la propria analisi sugli effetti reali di alcuni diritti personali e sugli effetti personali di alcuni diritti reali, in un invito a relativizzare la distinzione, con particolare riferimento a situazioni di dissociazione giuridica dell'immobile.

142 F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 63.

143 H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil: introduction à l'étude du droit*, t. I, v. I, XI ed., Parigi, 1996, p. 269.

144 Cfr. G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil: introduction générale a l'étude du droit*, t. I, II ed., Parigi, 1972, p. 485.

all'altra categoria, mostra ancora una volta la loro permeabilità e quindi, se si vuole continuare ad adoperarle, la necessità di una loro considerazione non dogmatica, aperta al riconoscimento di una molteplicità di sfaccettature e attenta alla sostanza delle cose, nel continuo evolvere delle esigenze pratiche. Già risolte dal legislatore francese problematiche come l'efficacia del contratto per l'acquirente dell'immobile e la risoluzione dei conflitti tra contratti successivi di locazione di uno stesso immobile[145], e sebbene fosse in ogni caso esclusa, *de iure condito*, dagli autori di entrambe le tendenze l'ipotecabilità del diritto[146], la questione della natura della situazione giuridica del conduttore non mancava in origine di conseguenze di un certo rilievo sulle regole applicabili, in particolare in merito all'accesso alle azioni possessorie, alla competenza giurisdizionale, alla qualificazione del diritto come mobiliare o immobiliare e, quindi, alla sua implicazione o meno nella comunione legale tra coniugi e nei poteri del marito e del tutore, nonché in merito alla natura delle obbligazioni dell'acquirente del diritto del proprietario, e quindi se questi sia soltanto tenuto al rispetto del possesso del conduttore, essendogli opponibile il diritto al godimento di questi, ovvero sia anche surrogato nell'adempimento positivo di tutti gli obblighi di natura personale assunti dal suo alienante[147].

[145] Art. 684 del vecchio *c.p.c.* francese: "Les baux qui n'ont pas acquis date certaine avant le commandement peuvent être annulés et ceux postérieurs au commandement doivent l'être si, dans l'un ou l'autre cas, les créanciers ou l'adjudicataire le demandent"; cfr. *Cass. soc., 1 juin 1954, Bull. civ. IV, n. 383*: "entre deux preneurs successifs de la même chose louée, celui qui a l'antériorité du titre doit être préféré à l'autre, son droit, opposable aux tiers depuis le jour où il avait eu date certaine, l'étant par conséquent à celui de l'autre locataire, postérieur au sien". V. anche *Code des procédures civiles d'exécution*, art. L-321-4: "Les baux consentis par le débiteur après l'acte de saisie sont, quelle que soit leur durée, inopposables au créancier poursuivant comme à l'acquéreur. La preuve de l'antériorité du bail peut être faite par tout moyen", per la cui applicazione cfr. *Cass. 3e civ., 3 févr. 2010, n. 09-11389*; *Cass. 2e civ., 6 juin 2013, n. 12-19116*.

[146] R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859, pp. 77-78.

[147] M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. II, III ed., Parigi, 1905, pp. 564-565. R.-T. Troplong, assertore della prima ora della tesi del diritto reale, escludeva la maggior parte di queste conseguenze, in quanto, come scrive in *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859, pp. 76-77: "si le bail est une charge réelle et immobilière de l'immeuble, il n'est pas, comme les

Vari di questi interessi sono poi nel corso del tempo sfumati, riducendo in parte il peso del dibattito, con l'attribuzione specifica ed espressa da parte del legislatore a giudici diversi delle controversie concernenti rispettivamente le locazioni agrarie, abitative e commerciali, con le riforme del diritto di famiglia e dei regimi matrimoniali volte a parificare e a meglio precisare le prerogative dei coniugi, con la disciplina di dettaglio dettata per la tutela, con gli interventi in tema di azioni possessorie, prima estese al mero detentore (contro tutti i soggetti diversi da quello dal quale questi derivi i propri diritti) e poi, recentemente, soppresse[148].

Già all'indomani del *Code civil* si osservò l'innovatività della disciplina civilistica rispetto alla tradizione, tanto di diritto romano quanto di *Ancien droit*, sotto il quale ancora, almeno nella maggioranza delle regioni, perdurava nella locazione la sua inopponibilità a chi avesse acquistato dal proprietario[149]. L'articolo 1743 del *Code civil* prevede invece, fra le regole comuni alle locazioni di abitazioni e di beni rurali, che l'acquirente non possa procedere all'espulsione del conduttore che abbia un contratto autentico o la cui data risulti certa; per i soli beni non rurali, il cui utilizzo non è strettamente legato ai cicli dell'agricoltura, risulta possibile la convenzione contraria, con previsione di un indennizzo e di un preavviso per il congedo. Su questa base, tale da configurare un diritto di sequela per il conduttore indipendentemente dalla buona o mala fede dell'ac-

autres droits qui participent de cette double nature, une charge qui démembre et qui appauvrit : il est une charge qui féconde ; il est un élément de production". Per una consacrazione della piena successione dell'acquirente nelle obbligazioni dell'alienante, v. *Cass. req., 25 avr. 1893, D., 1893, I, 287.*

[148] Si è approfondito l'argomento dell'abolizione delle azioni possessorie in Francia e delle relative implicazioni in S. Zolea, *Le prospettive della tutela possessoria nella società dell'immateriale: una comparazione italo-francese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, pp. 393 ss.; J. Van de Voorde, S. Zolea, *Quelles réponses à la décadence des actions possessoires? Une analyse comparative des droits français, belge et italien*, in *European Review of Private Law*, 2018, n. 2, pp. 197 ss.

[149] Pur con alcune importanti restrizioni e limitazioni, dovute in particolare alle deroghe ammesse per una serie di successioni a titolo particolare, nonché più in generale in ragione della tendenza dell'*Ancien droit* ad attribuire carattere reale alle locazioni di lungo periodo e, in una prima fase, anche a quelle in garanzia della cui esecuzione era conferita un'ipoteca: L. Périer, *De la règle « louage passe vente »*, thèse Montpellier, 1900, pp. 39 ss.

quirente, già alcuni tra i primi commentatori avevano argomentato nel senso di una natura reale[150], con qualche riscontro nella giurisprudenza di merito[151]. A tale norma si aggiungeva, sempre a condizione della certezza della data, il diritto di preferenza sui creditori del proprietario, anch'esso solitamente associato ai diritti reali, come conferito al conduttore dall'articolo 684 del codice di procedura. Tale posizione, invece che spegnersi nel tempo, ha trovato eco in alcuni autori del Novecento e fino ai nostri giorni[152], incrociandosi anche con le critiche rivolte alla teoria dei diritti reali nel suo complesso[153]; in particolare,

[150] Cfr. P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. XVI, IV ed., Bruxelles, 1830, pp. 3-4; più esplicitamente sul tema, il diritto del conduttore è considerato reale, assoluto, ma senza comportare smembramento della proprietà, da R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859, pp. 57 ss.; v. anche, analizzando separatamente la natura del diritto nei riguardi del locatore e dei terzi, P. Jozon, *De la nature du droit du preneur*, in *Revue pratique de droit français*, t. XX, 1865, pp. 358 ss.; *contra*, v., *ex ceteris*, A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, II ed., Parigi, 1828, pp. 61-67; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. VI, VI ed., Parigi, 1868, pp. 487-489; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXV, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 22 ss.; Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. V, Parigi, 1907, pp. 287-290.

[151] *App. Paris, 18 janv. 1808, S., 1808, II, 348*; *Cour roy. Dijon, 21 avr. 1827, S., 1827, II, 356*; ma anche, nei decenni sucessivi, per es. *Cour imp. Rouen, 30 juill. 1855, D., 1857, II, 33*; *Cour imp. Chambéry, 2e ch., 28 nov. 1862, S., 1863, II, 87*; *Trib. civ. de la Seine, 20 juin 1901, D., 1902, II, 379*; presso la *Cassation* non tarderà però ad affermarsi un orientamento giurisprudenziale di segno opposto: v., *ex ceteris*, *Cass. req., 14 nov. 1832, S., 1833, I, 32*; *Cass. req., 6 mars 1861, D., 1861, I, 417*; *Cass. civ., 21 févr. 1865, D., 1865, I, 132*; *Cass. civ., 17 déc. 1867, D., 1867, I, 486; Cass. civ., 14 mai 1918, D., 1918, I, 53*; *Cass. req., 4 mai 1925, D., 1925, I, 141*; *Cass. soc., 16 mai 1958, D., 1958, I, 464*.

[152] M. de Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *RTD civ.*, 1905, p. 456; giunge alla conclusione della realità, argomentando altrimenti che sulla base dell'articolo 1743, M. Chauveau, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1931, pp. 573-574: "Le preneur […] est en possession de la chose ou tout au moins il peut en exiger la délivrance. Le preneur a sur la chose un pouvoir direct d'utilisation. Il en retire tous les avantages prévus par ses propres moyens sans avoir besoin de recourir au bailleur. Il use de la chose, occupe la maison, parcourt la terre louée, la cultive ou la fait cultiver, en recueille les fruits. Il a tout pouvoir de repousser les troubles de fait […]"; H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 364 ss.; recentemente, v. in particolare R. Libchaber, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004: le livre du bicentenaire*, Parigi, 2004, pp. 366-368.

[153] Nel quadro del dibattito sul valore della distinzione dei diritti in reali e

l'impostazione di Ginossar ben si concilia con le obbligazioni attive poste in capo al locatore, qualificando le stesse come reali[154]. Anche autori più tradizionali, pur mantenendo ferma la natura personale del diritto, ne riconoscono o ne auspicano, in un contesto giuridico in evoluzione, una tendenza al ravvicinamento alla sfera della realità, consacrando la tendenza a una maggiore solidità del diritto del conduttore[155].

Argomentazioni ricavabili dai testi del *Code civil* militano in un senso o nell'altro. Sembrano alludere a una natura personale quelle limitazioni al diritto di sequela previste dallo stesso articolo 1743: la sua (parziale) derogabilità, la necessità di atto pubblico o comunque di data certa, l'applicazione a soli beni immobili; nonché la non assoggettabilità a ipoteca (bensì impe-

personali, contrari all'inclusione della situazione del conduttore tra i diritti reali, E. Roguin, *La règle de droit*, Losanna, 1889, pp. 282-283: "Pour que le droit du preneur devienne réel, il faut que celui-ci, de même que l'usufruitier, ait la faculté de se défendre contre les tiers, de revendiquer l'objet du bail, bref de l'utiliser juridiquement, dans de certaines limites au moins, sans faire appel au bailleur plus qu'à un autre homme quelconque"; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. II, III ed., Parigi, 1905, pp. 563-566; invece, per R. Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, in *RTD civ.*, 1958, p. 340: "le *droit au bail*, bien incorporel nouveau, prend figure de petite universalité juridique, prélevant à la fois le meilleur du droit réel, et le meilleur des droits personnels, dans une étroite compénétration, au profit de son titulaire"; per una natura composita, in cui coesistono un diritto reale di godimento a vantaggio del conduttore e il suo diritto di esigere dal locatore alcune specifiche prestazioni personali (in particolare, di messa a disposizione del bene, di riparazioni per mantenere lo stesso in buono stato locativo e di garanzia per vizi nascosti e per evizione), v. anche J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, 1951, pp. 303 ss.

154 Pur ponendo l'Autore stesso anche alcune riserve sulla teoria della realità del diritto del conduttore: S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 176-179.

155 C.-B.-M. Toullier, J.-B. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code: ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, vol. II, parte I, VI ed., Parigi, 1845, pp. 149-150; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. II, III ed., Parigi, 1905, pp. 565-566; A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Parigi, 1915, p. 511: "Economiquement, le caractère de réalité, si l'on attribuait au droit du preneur, conférerait à ce droit plus de solidité, plus de surface, en permettant notamment au preneur de l'hypothéquer. Cette solution serait préférable"; Ch. Beudant, R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, J. Brethe de la Gressaye, *Cours de droit civil français*, t. XI: *la vente, le louage des choses*, II ed., Parigi, 1938, pp. 490 ss.; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Parigi, 2008 (riproduzione dell'originale del 1952), p. 182.

gnabile con le modalità del *nantissement*[156]) e la formulazione dell'articolo 1727 dello stesso Codice, secondo il quale

> si ceux qui ont commis les voies de fait, prétendent avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède.

Sembra tendere nella medesima direzione la stessa definizione della locazione di cose quale rinvenibile all'articolo 1709 del *Code*, come contratto attraverso il quale una delle parti si obbliga a far godere l'altra di una cosa per un certo tempo e in cambio di un certo prezzo, che la controparte si obbliga a versargli.

Al contrario, oltre a quanto già in precedenza citato, fanno pensare piuttosto a una natura reale anche l'obbligo di pubblicazione a fini di pubblicità fondiaria[157] (quando il contratto abbia una durata superiore ai dodici anni oppure vi sia quietanza o cessione di una somma equivalente a tre anni di canone non scaduti) e la responsabilità del venditore, tenuto alla garanzia dei gravami non dichiarati, per la mancata comunicazione al compratore della locazione in corso con il suo effettivo termine a seguito di una proroga[158]. La giurisprudenza ha poi accentuato la portata delle regole di favore per il conduttore presenti nel codice[159], per esempio derogando alla necessità di data certa

156 *Cass. req., 6 mars 1861, D., 1861, I, 417.*

157 Ma gli atti parlamentari della legge del 23 marzo 1855 sulla trascrizione ipotecaria, abrogata con la nuova disciplina del *décret* del 4 gennaio 1955, n. 55-22, deponevano in senso contrario a una presa in considerazione da parte del legislatore delle locazioni immobiliari a lungo termine come tali da conferire un diritto reale: cfr. L. Périer, *De la règle « louage passe vente »*, thèse Montpellier, 1900, p. 163.

158 *Cass. req., 6 juin 1887, D., 1888, I, 216.*

159 Tra l'altro, già nel XIX secolo, secondo C. Beroujon, *Entre droits réels et personnels: la concurrence des prérogatives sur l'immeuble urbain au XIXe siècle*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, p. 132: "on relève une tendance de la Cour de cassation à admettre de plus en plus largement l'action directe du locataire troublé dans sa jouissance contre les tiers auteurs du trouble, jusqu'à l'affirmation du caractère subsidiaire de l'action dirigée contre le bailleur. […] C'est l'article 1382 CC relatif à la responsabilité délictuelle qui

per l'applicazione dell'articolo 1743[160] e alla necessità di trascrizione[161] nel caso in cui risulti che l'acquirente fosse pienamente a conoscenza della locazione. La modifica del testo dell'articolo 595 del *Code civil* ha anch'essa rafforzato la protezione del conduttore, nelle situazioni in cui la locazione sia concessa dall'usufruttuario.

Il complesso delle regole codicistiche pare pertanto alludere a una figura composita e ibrida, che – in omaggio piuttosto alla tradizione e alla Storia piuttosto che a identificabili esigenze di coerenza del sistema – può collocarsi tra i diritti personali a scopi didattici, ma senza da questo pretendere di trarne il regime, che è in misura ormai pervasiva regolato da legislazioni speciali che hanno ulteriormente rafforzato la situazione del conduttore, per realizzare variegati interessi generali, per esempio alla solidarietà sociale e alla stabilità dei commerci, relegando gli articoli del *Code* a un ruolo residuale. Così, queste legislazioni speciali hanno consacrato e tutelano, tendendo a generalizzare, regole quali il diritto del conduttore al rinnovo del contratto, titolato a restare nel possesso del bene molto oltre la data originariamente stabilita, i suoi poteri di svolgere lavori e in alcuni casi (affitti agrari) persino trasformazioni sull'immobile anche senza l'autorizzazione del proprietario, facendone in vario modo ricadere il peso economico su quest'ultimo, nonché il diritto di preferenza del conduttore in caso di vendita del diritto del proprietario[162].

sera mobilisé. Le choix de ce fondement légal est une manière d'esquiver la question de la nature juridique du droit du preneur à bail".

160 V., tra l'altro, *Cass. soc., 11 juill. 1949, JCP, 1949, II, 5120*; *Cass. civ., 15 juill. 1953, D., 1953, I, 729*; *Cass. 3e civ., 20 juill. 1989, n. 88-13413; Cass. 3e civ., 11 févr. 2004, n. 02-12.762; Cass. 3e civ., 23 mars 2011, n. 10-10804; contra, Cass. 2e civ., 16 mai 2012, nn. 11-16306* e *11-17155*. Tale necessità era inoltre derogata dai giudici nell'ambito delle locazioni abitative, fondandosi sulla legislazione speciale: *Cass. soc., 11 juin 1949, JCP, 1949, II, 5099*; *Cass. soc., 18 juill. 1952, D., 1952, I, 726*.

161 *Cass. req., 28 juin 1928, Gaz. Pal., 1928, II, 612*.

162 R. Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, in *RTD civ.*, 1958, pp. 339-340; su una rinascita della controversia sulla natura giuridica del diritto del conduttore in ragione del diffondersi della legislazione sociale, con particolare riferimento alle locazioni abitative, cfr. R. Willmann, *Usufruit, droit au bail*, in J. Carbonnier (sotto la direzione di), *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, Parigi, 1963, pp. 221-223; per gli affitti agrari, P. Ourliac, M. de Juglart, *Les baux ruraux à long terme*, in *JCP*, 1972, *Doctrine*, n. 2449; diffusamente, J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des*

Può affermarsi che la categoria delle locazioni di cose immobili ha perduto gran parte della sua unitarietà, frammentandosi in una congerie di regimi differenziati secondo gli equilibri d'interessi di volta in volta presenti, con blocchi di legislazione speciale spesso direttamente conseguenti al susseguirsi di lotte sociali e del mutare del contesto politico, tali da determinare in massima parte gli effetti della convenzione, incluso in molti casi il prezzo[163], restringendo di molto l'ambito della volontà delle parti. Una volontà che è stata reputata inadeguata a determinare liberamente le condizioni della convenzione in quanto sbilanciata da situazioni di diseguaglianza sostanziale fra il proprietario e l'agricoltore o l'inquilino, di cui il legislatore ha voluto assicurare il diritto a una permanenza stabile a condizioni economicamente abbordabili e, in prospettiva, l'accesso alla proprietà. Su tali scelte ha pesato la valorizzazione pure di altri pubblici interessi quali un razionale e diffuso sfruttamento delle terre coltivabili e la realizzazione del diritto all'abitazione.

Quanto poi alle locazioni commerciali, il favore del legislatore per il conduttore sembra improntato a un riconoscimento del ruolo dinamico e attivo dell'imprenditore (commerciante, industriale o artigiano), per le cui attività l'avviamento d'azienda e il mantenimento della clientela giocano un ruolo fondamentale, rispetto all'interesse statico del proprietario dell'immobile[164]: una tale solidità e una tale incisività, proprie della situazione di un proprietario, ha assunto in questo campo il diritto del conduttore al rinnovo del contratto (o, altrimenti, a un'indennità di evizione), da essere denominato "proprietà commerciale", con un autonomo valore economico, abitualmente remunerato al momento della presa di possesso dei locali sotto forma di un *pas-de-porte*, e la possibilità di costituire l'oggetto di un'operazione di leasing. La proprietà commerciale, che

droits de créance, thèse Toulouse, 1951, pp. 31 ss.

[163] Restringendo, in tali casi, finanche il diritto del proprietario ai frutti civili, limitando la loro percezione alla frazione ritenuta conforme alla realizzazione d'interessi della collettività: G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 286.

[164] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4: *les obligations*, XXI ed., Parigi, 1998, pp. 285-286.

già con il termine allude esplicitamente alla sfera della realità, conferisce, con alcune limitazioni, prerogative quali la possibilità di cambiamento della destinazione dei locali, le facoltà di recesso unilaterale e di cessione del contratto, una specifica protezione da clausole risolutorie abusive e un diritto di preferenza in caso di vendita.

Emerge dunque una gradazione di regimi, differenziati in termini di forza del diritto secondo la presenza o meno d'interessi sociali ed economici ritenuti dal legislatore meritevoli di una specifica tutela, secondo la durata e, in ulteriore istanza, quando nella loro disponibilità, secondo la volontà delle parti: quando esse si avvarranno della facoltà d'introduzione di una clausola che consenta l'espulsione del conduttore in caso di alienazione – laddove non esclusa dai vari blocchi di legislazione sociale – si avrà il più pieno ritorno della figura nella sfera dei diritti personali[165]; altrimenti, si osserverà un suo avvicinamento all'ambito dei diritti reali, reso via via più spiccato secondo la stipulazione di clausole che rafforzino ulteriormente le prerogative del conduttore sul bene conferito[166], fino a giungere alle locazioni reali, oggetto di studio specifico nel prosieguo della presente trattazione, per le quali l'esistenza di un diritto reale è legislativamente sancita e unanimemente riconosciuta. Così, nel rapporto tra le parti, realità e personalità si sovrappongono e s'intrecciano nel quadro di equilibri contrattuali complessi. Pertanto, per gli effetti che riguardano il diritto delle persone

[165] S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 177-178.

[166] Sfumando, fino a rasentarne la scomparsa, la tradizionale distinzione dall'istituto dell'usufrutto: v. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, p. 179: "En effet, l'usufruitier aussi pourrait à son gré se satisfaire d'un droit résoluble en cas d'aliénation du bien et réduit par conséquent au rang d'un droit personnel ; et le nu-propriétaire peut […] assumer également des obligations personnelles accessoires (délivrance, garantie d'éviction, garantie des vices, entretien, etc.), dont certaines sont même de droit lorsque l'usufruit est constitué à titre onéreux". Il legislatore ha negli ultimi anni mostrato un particolare interesse per le possibili combinazioni delle due figure, con l'introduzione nel *Code de la construction et de l'habitation* con legge n. 2006-872 del 13 luglio 2006 degli articoli L253-1 e seguenti, che regolamentano la locazione nel quadro di una convenzione di usufrutto: v. F. Planckeel, *La combinaison de l'usufruit et du bail*, in *RTD civ.*, 2009, pp. 639 ss.

e della famiglia, l'ordinamento francese tende sempre più a trattare i contratti di locazione come atti di disposizione[167]. La manualistica contemporanea anche quando non include nel novero dei diritti reali le locazioni immobiliari[168] – all'infuori appunto della locazione enfiteutica e delle sue evoluzioni, strutturalmente attributive di un diritto reale – poi nell'analizzare i variegati regimi locativi ne mette solitamente in evidenza il ravvicinamento a tale sfera, essendo esse definitivamente abilitate a restringere gran parte delle prerogative concrete di utilizzo della proprietà e il suo valore economico fino a ridurre la stessa a una "lontana preminenza"[169], ben lungi dal canone di esclusivismo della proprietà contemplato all'indomani della Rivoluzione francese.

Sulla base di argomentazioni non dissimili da quelle che si sono osservate nel dibattito francese[170], anche nel panorama dottrinale italiano la tesi tradizionale della natura meramente obbligatoria del rapporto di locazione – tuttora ricorrente nella manualistica e trattatistica di uso più comune[171] – è stata sotto-

[167] G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 285.

[168] C. Larroumet, *Droit civil,* t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 258-259; P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, pp. 282-283; non risolvono la questione per un'opzione o per l'altra G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, pp. 285-287; più possibilisti per la soluzione reale, almeno per le locazioni commerciali e agrarie, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 699; sia pur problematicamente, includono tale istituto nel catalogo dei diritti reali F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 460; in lingua italiana, sulle fragilità della qualificazione in termini reali di tali figure di confine, v. E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 4, pp. 1083-1084.

[169] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4: *les obligations*, XXI ed., Parigi, 1998, pp. 283-284, 288-289; rievocano in proposito addirittura il rinascere di un dominio eminente e di un dominio utile H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil: introduction à l'étude du droit*, t. I, v. I, XI ed., Parigi, 1996, p. 268; P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, VII ed., Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 369; cfr. le articolate riflessioni di T. Lamarche, *L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications*, in *RTD civ.*, 2006, p. 25.

[170] Con riferimento a entrambi i Paesi, un ulteriore elemento di relativizzazione e affievolimento della tradizionale collocazione sistematica del diritto del conduttore potrebbe promanare dall'influenza della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: v. per es. *Bruncrona v. Finland, sez. IV, 16 nov. 2004, appl. n. 41673/98*.

[171] V. per es. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XLVII ed., Padova, 2015, p. 963; dopo una lunga esposizione del dibattito storico, A. Tabet, *La locazione-*

posta a critiche puntuali[172] e si è sostenuta la tesi di una sua "realizzazione", al pari delle situazioni giuridiche, varie delle quali di diritto agrario,

> dell'affittuario, del mezzadro, del colono, del soccidario, del creditore anticretico, dell'assegnatario di terre di riforma fondiaria o di case economiche e popolari, del concessionario di beni demaniali, dell'acquirente con riserva di proprietà[173].

Anche nel nostro diritto, la situazione del conduttore sarebbe allora provvista di un'amplissima tutela, comprensiva di un diritto di sequela[174], fino a un definitivo superamento

conduzione, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1972, pp. 126 ss.

172 V. M. Giorgianni, *Diritti reali (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, pp. 749-750: "L'esistenza di un obbligo positivo di far godere momento per momento, posto a carico del locatore è evidentemente artificiosa. Soprattutto per queste ragioni la dottrina più moderna è venuta via via assegnando a quell'obbligo un contenuto negativo, affermando che il locatore sarebbe tenuto solo a *lasciar godere* la cosa al locatario. In tal modo però è venuta a spezzarsi quella corrispondenza tra diritto del locatario ed obbligo del locatore che stava a base della dottrina tradizionale e giustificava, sia pure artificiosamente, l'affermazione che il primo si realizza attraverso il secondo. Se infatti l'obbligo del locatore è negativo, esso non è sufficiente a realizzare l'interesse del locatario, e cioè il godimento della cosa (altrui), ma potrebbe avere al massimo la funzione di non turbare il locatario nel soddisfacimento del suo interesse. […] Se fosse vero che il locatario raggiunge il soddisfacimento del suo interesse attraverso un obbligo (positivo o negativo) del locatore, ove ad un certo punto quest'ultimo cessasse di adempiere il suo obbligo, il locatario dovrebbe cessare dal godere: se ciò non si verifica è perché in realtà nessun obbligo adempie il locatore"; per una più approfondita descrizione del punto di vista sistematico dell'Autore, v. anche *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.

173 M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni*, vol. VIII, t. I, Milano, 1980, p. 249, collocando, in particolare, il processo di ritorno alla "realizzazione" dei rapporti agrari in un più generale tramonto della concezione individualistica e assoluta della proprietà, in favore di una nozione costituzionalmente orientata a una funzione sociale; più recentemente, si è discusso di una tendenza alla realizzazione di altri diritti, come quello dell'utilizzatore di un bene in leasing, del multiproprietario, del *trustee* in forza di un *trust* interno, del promissario acquirente con titolo trascritto, nonché le situazioni soggettive relative all'impresa e ai beni immateriali: A. Guarneri, *Diritti reali e diritti di credito*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010, p. 49.

174 Cfr. M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni*, vol. VIII, t. I, Milano, 1980, pp. 249-250: "Per quanto concerne le situazioni del conduttore e dell'affittuario, è stata evidenziata l'ampiezza della tutela delle posizioni offerta dal codice attuale: il conduttore, oltre a poter agire in reintegrazione *ex* art. 1168 comma 2e, c.c., in possessorio ed in petitorio nei confronti dei terzi per molestie di fatto *ex* art. 1585, comma 2e, c.c., e per il risarcimento danni *ex* art. 2043 ss.

della cornice obbligatoria per opera della legislazione speciale delle locazioni e degli affitti, orientata a finalità di solidarietà ed eguaglianza sociale, con il rafforzamento della stabilità della situazione della parte ritenuta più debole, la regolamentazione dei canoni e l'ampliamento dei poteri di gestione e di disposizione del locatario[175]. Altre voci, più prudenti, senza negare lo sviluppo in corso verso l'attribuzione di una natura reale al diritto del conduttore, non hanno ritenuto tale processo ancora conchiuso[176]. Nel mondo di *common law*, infine, la realizzazione della situazione del titolare di un *leasehold estate*, anche ivi inizialmente generatosi nella sfera della *personal property*, è un dato acquisito ormai da lungo tempo nella storia del diritto; in Inghilterra, per esempio, la *Law of Property Act* del 1925 conferma la collocazione sistematica del *term of year absolute* tra gli *estates in land*[177]. In generale, ciò che agli albori della *common law* era una mera relazione contrattuale tra le parti, idonea a dare luogo soltanto a un'azione personale nei confronti della controparte, è col tempo divenuto idoneo a dare vita a un interesse di natura proprietaria in capo al *lessee*, con lo sviluppo di rimedi (già con l'evoluzione nel corso del Medioevo dell'azione di *ejectment*) in grado di consentire allo stesso il recupero

c.c., può agire autonomamente e direttamente a difesa della propria situazione anche nei confronti dei terzi che pongano in essere molestie di diritto, ove si interpreti rettamente l'art. 1586 c.c. […] Per quanto poi concerne il diritto di sequela, il diritto moderno, contrariamente al diritto romano, ha accolto il principio *emptio non tollit locatum* (artt. 1599, 1600, 2923 c.c.), e tale principio, risolvendosi in una tutela più intensa della posizione del conduttore (e dell'affittuario) non sembra differire da quello tutelato negli altri diritti reali di godimento"; v. anche M. Franzì, *Sulla natura del diritto del locatario*, Napoli, 1949; C. Lazzara, *Il contratto di locazione*, Milano, 1961, in part. pp. 142-146.

175 M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni*, vol. VIII, t. I, Milano, 1980, p. 251. Si osservi che A. Tabet, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1972, p. 109, distingue, nel panorama del dibattito italiano, le teorie realiste in senso stretto dalle dottrine della mera autonomia del diritto del conduttore, che si realizza senza la prestazione del locatore, e del contratto a effetti immediati, per cui il diritto del conduttore si realizza interamente con la perfezione del contratto.

176 Cfr. G. Pugliese, *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 773.

177 M.-F. Papandréou-Deterville, *Le droit anglais des biens*, Parigi, 2004, p. 253; Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montreal, 2017, p. 298; E.H. Burn, J. Cartwright, *Modern Law of Real Property*, XVIII ed., Oxford, 2011, p. 181.

del possesso della terra nei confronti di terzi, sicché il *leasehold* è oggi in primo luogo considerato un vero e proprio *estate in land*[178].

C. *Realità e obbligatorietà nella genesi e nel presente del diritto di superficie*

La panoramica delle pagine precedenti è servita a mostrare come il confine tra diritti reali e diritti personali sia molto sottile, come la stessa bipartizione abbia un carattere meramente relativo e come la dottrina francese si sia distinta per la sua ripetuta messa in discussione, con l'effetto, seppur non di farne cadere in disuso l'impiego, di smitizzarne la portata e il valore, con echi che non hanno mancato di raggiungere questo lato delle Alpi[179]. Il contratto di locazione di beni immobili è proprio una di quelle figure che rendono mobile e sfumato il confine tra realità e personalità, lasciando spazio alla compenetrazione di elementi dell'una e dell'altra. Occorre richiamare ora alla memoria quanto si è osservato nelle prime pagine dell'introduzione storica, ovvero la genesi della superficie nella sfera dei diritti personali, come forma particolare di *locatio conductio* di lungo periodo. Ancora, in sede di analisi delle diverse teorie

[178] F. Bettini, *Long Leases and Affordable Housing: A Comparative Analysis of French and English Law*, in B. McFarlane, S. Agnew (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, vol. 10, Oxford, Portland, 2019, pp. 230-231.

[179] Cfr. per es., nella dottrina italiana, C.A. Funaioli, *Intorno al concetto di realità e ai diritti di godimento su cosa altrui*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, pp. 253 ss.; M. Giorgianni, *Diritti reali (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, pp. 752-753; A. Guarneri, *Diritti reali e diritti di credito*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010, pp. 42 ss., con abbondanza di autori italiani e internazionali citati; ma si veda anche il severo richiamo all'ordine di A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 150: "può facilmente sospettarsi che simile obnubilazione del confine tra *jura in rem* ed *in personam* sia quasi una tragedia per il ragionamento giuridico essendo la presa in carico della multiforme varietà delle cose e dei beni, essenziale ai fini di una qualunque adesione a criteri di giustizia"; in difesa dell'importanza della distinzione rispetto alle critiche a essa mosse, v. già D. Mandrioli, *Diritti reali*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 881; cfr. E. Tilocca, *La distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1950, n. 138, pp. 3 ss.; v. anche, in giurisprudenza, sulla labilità della distinzione, gli spunti offerti da *Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7300*.

sistematiche sul diritto di superficie, si è notato come voci, seppur minoritarie, della dottrina francese (e italiana, fino al Codice del 1942) contemporanea qualifichino tuttora il diritto di superficie come un mero diritto personale fino al momento dell'effettiva realizzazione delle costruzioni. E, ancora, nel quadro dello studio delle fonti del diritto di superficie e poi, più in dettaglio, nella seconda parte del testo, si constaterà come in Francia nella maggior parte dei casi un diritto di superficie sia concesso nel quadro di un rapporto di locazione, ordinario o in una delle forme anomale di locazione istituzionalmente rivolte alla concessione di un diritto di superficie al conduttore. Da tutte queste osservazioni, può essere opportuno trarre qualche considerazione d'insieme, che possa maggiormente chiarificare il nome stesso attribuito alla presente sezione.

Il diritto di superficie nasce nella sfera dei diritti personali, salvo con il tempo ascendere a quella della realità e, con il Medioevo, porsi addirittura a ridosso del nucleo stesso di quest'ultima, la nozione di proprietà: di questa triplice configurazione (diritto personale, diritto reale minore, forma di proprietà), o triplice natura, si trova una manifestazione nel dibattito dottrinale francese, con autori che di volta in volta pongono l'accento sull'una o sull'altra di esse o che ne tentano una sintesi, quale il tentativo della teoria dualista. Se le vie della ricerca degli studiosi italiani recenti sono ampiamente indirizzate dalla recezione della superficie nel Codice nel 1942, lo stato magmatico del suo equivalente francese, la sua capacità di espandersi e di contrarsi, a seconda delle esigenze di volta in volta manifestate dalla realtà sociale e non altrimenti realizzate dall'ordinamento giuridico, hanno fatto sì che la teoria continuasse a oscillare tra tutte queste manifestazioni del diritto di superficie, senza abbracciarne nessuna in via esclusiva e definitiva, ma lasciando all'una o altra voce l'onere di difendere le ragioni di ciascuno dei diversi punti di vista, perché esso restasse sempre presente nel dibattito e pronto all'uso in presenza del manifestarsi delle esigenze sociali a cui tale visione meglio si confà. La condizione fluida del diritto di superficie in Francia non è infatti circoscritta al dibattito accademico sulla natura dell'istituto, ma ne permea lo spettro variegato delle utilizza-

zioni, dalle sentenze che nel XIX secolo facevano salve le scomposizioni del diritto di proprietà usualmente praticate, alle locazioni superficiarie, fino alla proprietà dei volumi.

Tra tutti questi molteplici utilizzi d'oltralpe del diritto di superficie, quelli che si producono all'interno di un rapporto di locazione si pongono più a ridosso dell'origine dell'istituto nel diritto romano, testimoniando la permanenza dell'attaccamento della *superficies* – laddove lasciata libera nella sua espansione, non costretta nell'alveo di norme scritte specifiche – ai suoi albori come diritto personale. La concomitanza di una nozione flessibile del diritto di superficie e di un'apertura della cultura giuridica francese a relativizzare la distinzione tra diritti reali e personali ha fatto sì che la maggior parte degli uomini di legge, sia di tribunale, sia di accademia, accettasse facilmente l'idea di un istituto giuridico propenso – nella sua vocazione a restare fuori o al margine del dettato legislativo – a farsi territorio di confine tra realità e personalità, cogliendo positivamente la sfida dei possibili utilizzi di questa commistione, alla ricerca di nuovi e più efficaci punti di equilibrio tra gli interessi delle varie parti coinvolte[180]. Per esempio, il modello della locazione enfiteutica, intreccio, come si vedrà, di una locazione, di un diritto reale di enfiteusi e di un diritto reale di superficie, costituirà il prototipo originale delle successive locazioni superficiarie. Tali figure ibride sono state oggetto, negli ultimi decenni, di utilizzi via via più diffusi, così da renderle note anche al di fuori della cerchia limitata dei professionisti del diritto. E la scienza giuridica, sia pur non unanime, ha nel suo complesso accolto la prassi e se n'è fatta ispiratrice, incoraggiando il legislatore a moltiplicare le figure di confine tra diritti reali e personali ispirate al diritto di superficie, anche per realizzare finalità d'interesse generale, quali la valorizzazione delle proprietà pubbliche e l'implementazione del diritto all'abitazione di tutti i cittadini. Una spirale virtuosa, con un radicato fondamento nel tortuoso percorso storico del diritto di superficie, si è così innescata, rivitalizzando tale istituto con il contributo e la collaborazione dei diversi

[180] Cfr. gli spunti in T. Lamarche, *L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications*, in *RTD civ.*, 2006, pp. 1 ss.

attori della vita giuridica. Pur nei rischi di ogni ricerca empirica che non può che procedere per tentativi ed errori, si è così fatto della figura composita della superficie francese, erede di sovrapposizioni della tradizione romanistica con quella germanistica, un elemento di avanguardia nella costruzione di un nuovo diritto della proprietà, di fronte alle sfide della società del nuovo millennio. E, senza nulla togliere all'importanza dell'elaborazione italiana in tema di superficie, una certa sclerotizzazione del dibattito, a seguito del suo adagiarsi comodamente nell'alveo scavato dal Codice del 1942, può rischiare di prodursi, in presenza di un assetto che non mette certamente in discussione la sopravvivenza dell'istituto, ma ne determina una certa stantia sopravvivenza, sufficiente per rispondere ad alcuni bisogni della prassi, e in tale chiave di quando in quando sfruttata anche come modello per la legislazione sociale, ma forse perdendo di vista la vocazione, già d'impronta premoderna e oggi riemergente in chiave postmoderna, a un più esuberante sperimentalismo. Eppure, una piena esplorazione del campo delle potenzialità dell'istituto, nella realizzazione di finalità d'interesse individuale così come d'interesse generale, come prospetta la funzione sociale della proprietà costituzionalmente proclamata, potrebbe rispondere efficacemente e linearmente, facendo ricorso a strutture e a modelli già partecipi della tradizione di *ius commune*, a istanze sociali tutt'altro che assenti nel nostro Paese. Proprio per queste ragioni lo studio del modello francese del diritto di superficie può non solo avere una finalità di conoscenza pura, bensì anche risultare gravido di spunti per l'interprete e per il pratico del diritto e per il legislatore in Italia, contribuendo a raffinare la nostra teoria e ad arricchire di soluzioni il nostro diritto vivente della proprietà, così come in altri ambiti può essere il nostro modello a offrirne agli studiosi francesi. Su tutto ciò si tornerà alla fine del testo.

Il rapporto tra convenzione di locazione e convenzione costitutiva di un diritto di superficie si pone in ogni caso oggi, nel diritto positivo italiano, come si approfondirà in sede di analisi delle fonti della superficie, in termini non d'intreccio, bensì di tendenziale alternatività. La qualificazione del contratto nell'uno o nell'altro senso, con diverse conseguenze in tema di forma,

obblighi di pubblicità e relativo regime di opponibilità a terzi, ecc., rappresenta allora una questione d'interpretazione della convenzione oggetto di scrutinio – con obbligo di adeguata motivazione – da parte del giudice di merito, peraltro niente affatto priva di difficoltà, risultando anzi uno dei temi più sovente controversi in giudizio in materia di diritto di superficie[181]. In dottrina e in giurisprudenza si è peraltro sostenuta la riqualificazione in contratto obbligatorio atipico o sorta di locazione o comodato anomalo della convenzione[182], anche espressamente attributiva di un diritto di superficie, che preveda la demolizione dell'opera realizzata allo scadere del tempo concordato di durata del diritto conferito piuttosto che il suo acquisto per via di accessione al proprietario del suolo, quale previsto dall'articolo 953 del Codice civile che ritorni a operare pienamente allo spirare del termine[183]. Si può osservare come tale prospettazione riduca sensibilmente i margini di manovra dell'operatore italiano rispetto alla molteplicità di funzioni economiche realizzabili dal diritto di superficie francese. Altrove, si è voluto più generalmente concentrare l'at-

[181] Cfr. G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (II parte)*, in *Rivista del notariato*, 2017, III, pp. 1060-1065.

[182] *Cass. civ., sez. I, 9 novembre 1964, n. 2706, MFI, 1964, 723*; viceversa, ai fini dell'imposta di registro si riqualifica in attributiva di un diritto di superficie una convenzione qualificata come affitto in *Cass. civ., sez. I, 14 giugno 1982, n. 3612, MFI, 1982, 755*.

[183] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 377-379; *Cass. civ., sez. I, 30 novembre 1967, MFI, 1967, 772*; *Cass. civ., sez. I, 27 maggio 1971, n. 1587, MFI, 1971, 480*: "Il diritto di superficie, anche se concesso a tempo determinato, presuppone sempre che le costruzioni non siano dal concessionario unite al suolo in via meramente transitoria: conseguentemente, ove nel contratto le parti abbiano previsto la facoltà del concessionario di eseguire le costruzioni e di rimuoverle alla scadenza, la concessione non dà luogo ad un rapporto di natura reale (superficie), ma ad un rapporto di carattere obbligatorio (locazione)"; cfr. *Cass. civ., sez. II, 25 gennaio 1963, n. 233, MFI, 1968, 56*; *Cass. civ., sez. II, 21 settembre 1977, n. 4039, MFI, 1977, 778*; in ogni caso (v. *ex ceteris Cass. civ., sez. II, 4 dicembre 1972, MFI, 1972, n. 3497*), l'accertamento degli estremi essenziali del diritto reale nell'atto scritto costituisce apprezzamento di fatto, insindacabile in sede di legittimità se correttamente e congruamente motivato. Contrari al criterio in discorso, negando il carattere imperativo della regola di cui all'articolo 953, M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 146; G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1482; nonché, con riferimento all'installazione d'impianti fotovoltaici, G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (I parte)*, in *Rivista del notariato*, 2017, III, pp. 869-871.

tenzione sulla prevalenza dell'attribuzione del godimento diretto del suolo oppure dell'autorizzazione a costruire (per esempio, con specifica determinazione dell'opera da realizzare) e delle utilità delle conseguenti addizioni[184]. Ancora, altra giurisprudenza ha messo in risalto, ai fini della qualificazione del diritto contrattualmente conferito, la presenza o meno d'indici vari di realità dello stesso[185]. In ogni caso,

> un negozio a contenuto meramente obbligatorio […] ponendosi al di fuori di una coincidenza con lo schema tipico approntato dal legislatore [deve] essere giustificato con riferimento al contenuto effettivo della volontà delle parti contraenti e con l'indicazione degli indici peculiari rilevatori di simile configurazione giuridica,

spiegando "perché le parti anziché addivenire alla costituzione di un diritto reale di superficie, abbiano dato vita ad un rapporto personale con efficacia ai soli fini del diritto alla rimozione" e "in base a quali elementi [risulti] esclusa la ricorrenza dell'ipotesi tipica della concessione *ad aedificandum* con effetti

[184] *App. Firenze, 2 marzo 1962, RGE, 1962, I, 888*; G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, nota 35, pp. 585-586; G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1481-1482.

[185] *App. Firenze, 26 marzo 1965, Rep. foro it., 1965, 2877, superficie, 6*: "Le differenze tra costituzione di un diritto di superficie, come diritto reale valido *erga omnes* ed una concessione *ad aedificandum* di carattere personale si possono chiaramente identificare nella alienabilità del diritto, possibile soltanto per il diritto reale, nella validità *erga omnes* di tale diritto reale, mentre l'efficacia di quello di carattere obbligatorio e personale rimane limitata *inter partes*, e nell'obbligo di trascrizione per il diritto reale, mentre la necessità di tale formalità non sussiste per la concessione di natura personale della locazione di terreno con facoltà di costruire"; *App. Firenze, 3 aprile 1971, Giurisprudenza di merito, 1971, III, 193*; in *Cass. civ., sez. I, 4 maggio 1998, n. 4402*, si tiene conto di elementi diversificati tra cui l'ipotecabilità delle opere, con autorizzazione dell'amministrazione concedente, e la loro acquisizione come proprietà dello Stato, piuttosto che la loro demolizione, in caso di decadenza, rinuncia o revoca della concessione; cfr. G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 12: "A decidere […] è esclusivamente il contenuto del negozio stesso, che, solo nel caso di attribuzione della proprietà superficiaria, investe immediatamente il suolo (e il sottosuolo) come spazio utile ai fini edificatori e, correlativamente, la possibilità – riconosciuta in modo esclusivo al superficiario – di realizzare e tenere opere edilizie sul terreno altrui, anche ricostruendole, ove occorra; laddove resta secondario il valore di tutti gli altri elementi, utili ad individuare il concreto regolamento di interessi voluto dalle parti".

reali"[186], con una sorta di onere della dimostrazione dell'adozione di uno schema diverso da quello tipizzato agli articoli 952 e seguenti a carico della parte interessata a fornire elementi in tal senso[187]. Il Salis riconduce a tre gli elementi perché il diritto conferito possa essere considerato di superficie: efficacia *erga omnes*; potere, nel titolare del diritto, di compiere sul terreno le operazioni necessarie per farvi sorgere una costruzione stabilmente unita a esso o, quantomeno, destinata a rimanervi unita per un periodo di tempo che può essere determinato dal contratto; limitazione volontaria, da parte del proprietario del fondo, del proprio diritto dominicale sul solo terreno, sotto forma di rinuncia all'acquisto per accessione delle costruzioni che vi verranno edificate[188].

Sezione II. *La superficie alla prova delle proposte francesi di riforma del diritto dei beni*

Si è osservato il diritto positivo in tema di superficie in alcuni ordinamenti giuridici, dopo aver cercato d'individuare le istanze sociali ed economiche che ne sono la ragione giustificativa, e si sono poi approfondite le difficoltà sistematiche e classificatorie legate all'istituto. Poste alcune basi, è giunto il momento di riguardare alla superficie in divenire, in relazione alle proposte di riforma del diritto francese che maggiormente v'inciderebbero, al fine di completare il quadro del dibattito d'oltralpe in materia e di dar conto d'idee che potrebbero prossimamente divenire diritto positivo, nel quadro di una tendenza alla ricodificazione che sta coinvolgendo tutto il diritto civile francese. È oggetto di discussione parlamentare un progetto di riforma del diritto dei beni anche in Belgio[189], elaborato da un'apposita commissione ministeriale, che, qualora approvato, modificherebbe significativamente la nozione di superficie fatta propria da tale ordinamento, nella direzione di uno strumento giuridico

186 *Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1392.*
187 *Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7300.*
188 L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 32-33.
189 V. il sito internet istituzionale <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

espressamente rivolto a configurare una concezione tridimensionale dell'oggetto della proprietà immobiliare[190].

A. *La messa in discussione di una categoria unitaria di superficie*

Si è finora dedicata una certa attenzione ad almeno due diverse estrinsecazioni del diritto di superficie, due diversi ambiti in Francia le cui istanze sono soddisfatte da soluzioni che l'interpretazione correntemente adottata riconduce a uno stesso concetto, dai caratteri quanto mai evanescenti e di larga portata. In sede d'introduzione storica, si è osservato, nel corso del XIX secolo, il ruolo del diritto di superficie come clausola di chiusura volta a salvaguardare la tenuta formale del nuovo sistema dei diritti reali senza disconoscere, massime nel mondo rurale, variegati assetti anche molto risalenti di frammentazione delle utilità dominicali. In seguito, si è rimarcato il carattere di confine della *superficies* tra il mondo dei diritti reali e quello dei diritti personali, non solo nella genesi dell'istituto, ma pure nel suo presente, anche in quanto una delle sue manifestazioni quantitativamente più ricorrenti e qualitativamente più significative in Francia si realizza proprio nel quadro di rapporti di locazione di lungo periodo, come conferimento al conduttore di un diritto reale che ne rafforza di molto le prerogative. A una terza, assai importante, manifestazione contemporanea della superficie nel modello giuridico d'oltralpe si è finora fatto cenno solo fuggevolmente – ma vi sarà occasione per un suo approfondimento – : si tratta della possibilità di scomporre lo spazio tridimensionale, anche non ancora edificato, in volumi astratti passibili di appropriazione autonoma. Per ora basti questa sintetica descrizione. Il filo conduttore tra queste tre manifestazioni è piuttosto flebile: l'idea di una scomposizione del dominio del suolo da quello del soprassuolo o sottosuolo; ma nella prima situazione la scom-

[190] V. art. 3.192 dell'articolato del progetto: "Le droit de superficie est un droit réel d'usage qui confère la propriété de volumes, bâtis ou non, en tout ou partie, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui, aux fins d'y réaliser tous ouvrages ou plantations".

posizione avviene in molti casi più nel tempo che nello spazio, o in rapporto a utilità atipiche la cui dissociazione è piuttosto ideale che concretamente materiale, sicché molti autori francesi leggerebbero gli stessi piuttosto in chiave di "smembramenti" della proprietà. La prima e la terza hanno carattere naturalmente perpetuo, la seconda temporaneo; solo nella seconda il rapporto reale si stempera in – e si conforma a – un preminente rapporto obbligatorio, mentre negli altri casi costituisce l'oggetto stesso, a titolo principale, del rapporto. La seconda e la terza prevedono l'esistenza o l'imminenza di una costruzione, la prima non necessariamente. La prima e la terza tendono a conferire un diritto reale su singoli elementi di soprassuolo o di sottosuolo, mentre la seconda ne può implicare la totalità.

Da tutte queste considerazioni consegue una domanda: la confluenza di un tale novero di situazioni sotto la nozione unitaria di un unico istituto giuridico è necessaria oppure contingente? L'approccio comparativo sembra suggerire la seconda risposta: la necessità nel XIX secolo in Francia di far fronte ad alcune discrepanze tra il formalismo del nuovo sistema codicistico dei diritti reali e il diritto vivente di una proprietà rurale ancora frammentata si è realizzata nella fluidità di un concetto non recepito nelle formulazioni del *Code civil* e per questo facile da riempire dei contenuti più variegati. In assenza di riforme profonde del II libro del Codice, il manifestarsi di nuove e sempre più sofisticate istanze sociali di messa in discussione del modello unitario della proprietà ha allora man mano trovato un facile sbocco proprio attraverso la superficie – che ormai si era insediata stabilmente ai margini del sistema dei diritti reali – approdandovi con la massima naturalezza e, spesso, senza neanche il bisogno di un'approfondita giustificazione teorica, formatasi *ex post* più che altro come presa d'atto e recepimento della prassi. In tutto ciò risiede la fondamentale differenza dal modello italiano, in cui la formalizzazione nel 1942 del diritto di superficie (come già nel 1865 di quello di enfiteusi) in una precisa formula del Codice civile, pur giovando in termini di chiarezza e di certezza del diritto, ne ha ostacolato un'evoluzione in un istituto *bon à tout faire*, relegando lo stesso alla meglio delimitata conseguenza della prerogativa del proprietario di "costituire il

diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà", oppure di "alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo": una nozione dalle potenzialità interessanti e talvolta valorizzate dal legislatore anche per realizzare obiettivi di politiche sociali, ma strutturalmente inadatta a fungere da clausola di chiusura dell'intero sistema dei diritti reali. Così, funzioni rivestite in Francia dal diritto di superficie sono in Italia realizzate altrimenti, essendo stato necessario giungervi attraverso differenti strade.

Si è appena ipotizzata con argomentazioni comparatistiche la non necessarietà di ricondurre fenomeni così eterogenei a una sola figura giuridica. Un simile risultato è però ormai maturato anche in seno allo stesso ordinamento francese, dando luogo a un dibattito se i tempi risultino giunti per separare e autonomizzare reciprocamente, per una loro migliore e più puntuale valorizzazione, situazioni la cui riconduzione a un'unica nozione può oggi apparire forzata e problematica. Una simile impostazione ha ispirato in materia di superficie l'elaborazione della commissione che, lavorando fra il 2006 e il 2009, ha dato luogo a un articolato progetto di riforma del diritto dei beni francese, attraverso un disegno di completa riscrittura del secondo libro del *Code civil*[191], che s'iscrive in una più ampia disputa, vivace in ambito transalpino, sull'opportunità di una riforma complessiva del testo volta alla modernizzazione del diritto civile, come già in questi ultimi anni si è fatto in materia di garanzie, prescrizione civile e diritto delle obbligazioni e dei contratti. In questo progetto, se, come si vedrà più avanti, alla funzione di clausola

[191] Il testo integrale di tale progetto di elaborazione dottrinale, patrocinato dall'Associazione Henri Capitant degli amici della cultura giuridica francese, si trova in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009; per qualche valutazione critica della proposta, v., *ex ceteris*, W. Dross, B. Mallet-Bricout, *L'avant-projet de réforme du droit des biens: premier regard critique*, in *D.*, 2009, pp. 508 ss.; F. Zenati-Castaing, *La proposition de refonte du livre II du Code civil: étude critique*, in *RTD civ.*, 2009, pp. 211 ss.; in lingua italiana, G.B. Ferri, L'Avant-projet *dell'*Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens *e l'attualità del «modello» codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2011, pp. 537 ss.

di chiusura del sistema si è data risposta attraverso l'istituzione di un nuovo, autonomo, diritto reale, alle due funzioni quantitativamente più diffuse nell'ordine giuridico transalpino si sono date risposte differenziate secondo il titolo costitutivo del diritto reale, se attribuito a titolo principale ovvero nel quadro di un rapporto di locazione.

Il caso di attribuzione del diritto a titolo principale è stato ricondotto, in termini generali, al tema dell'oggetto stesso della proprietà immobiliare[192], recependo la possibilità che un fondo possa essere oggetto di una divisione volta a conferire a un terzo la proprietà di una parte di esso, situata al disopra o al disotto di un limite convenzionalmente fissato. La proprietà superficiaria[193] scaturente da una simile operazione sarebbe una situazione dominicale a tutti gli effetti, pienamente corredata degli attributi della proprietà. Si aggiunge anche, con riferimento soprattutto alle problematiche degli insiemi immobiliari complessi, la specifica previsione che un fondo possa pure, attraverso la stesura di uno stato descrittivo della divisione, essere oggetto di una divisione spaziale tale da comportare creazione di volumi[194]. Sostanzialmente, il progetto di riforma del diritto dei beni recepisce la superficie come forma di proprietà, aderendo quindi all'impo-

[192] V. art. 562 dell'articolato del progetto; nello stesso senso l'art. 3.61 dell'articolato del progetto belga: "Sont immeubles par leur nature, les fonds de terre et les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions".

[193] Si noti in Francia questo utilizzo del termine di *propriété superficiaire*, che è di comune utilizzo nella dottrina italiana (ma il concetto espresso si avvicina maggiormente a quello che alcune voci in Italia renderebbero col nome di proprietà separata), già in A. Weiss, *Des droits de superficie, en droit français et en droit romain*, thèse Strasbourg, 1853, pp. 50 ss.

[194] Sulla differenza, piuttosto quantitativa che qualitativa, tra le due ipotesi di proprietà spaziale, la "semplice" proprietà superficiaria e quella, più innovativa, di un volume astratto, v. P. Malinvaud, *La propriété*, in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009, p. 45: "Dans un souci de clarification, l'article 562 distingue deux situations:

– celle où le fonds ne fait l'objet que d'une seule division, par exemple ce qui est au-dessus du sol et ce qui est en dessous du sol, le découpage de la propriété aboutissant à la création de deux propriétés pleines et entières sur ces deux parties ;
– et celle où le fonds fait l'objet d'une division en plusieurs volumes, chacun d'entre eux étant l'objet d'un droit de propriété ; mais alors à raison de la pluralité des volumes, il faudra établir un état descriptif de division en volumes, ce qui est déjà accepté par les services de la publicité foncière".

stazione monistica, con la differenza però – ben possibile a chi avanzi una proposta *de iure condendo*, ma assai più problematico per chi si cimenti con una ricostruzione *de iure condito* – di escludere dal campo e dalla nozione di *superficies* quelle situazioni, poste nella cornice di un rapporto di obbligazione, in cui più intenso è il carattere di diritto (anche) reale sul fondo altrui, rispetto a quello di autonoma proprietà a sé stante.

Proprio per queste altre situazioni, incastonate in una locazione, si è adottato nel progetto un diverso inquadramento[195], non come separazioni fisiche, bensì come smembramenti del diritto di proprietà, cioè come diritti reali minori a sé stanti, attributivi a un terzo, conduttore per esempio di un *bail emphytéotique* o *à construction*, dell'utilità edificatoria del suolo. Nella proposta, tali diritti reali – non specificamente denominati, bensì identificati sulla base dell'attitudine a essere conferiti da contratti di locazione – cedibili e suscettibili d'ipoteca, conferirebbero dipoi ai loro titolari, per tutta la durata del contratto, la proprietà delle costruzioni o piantagioni o installazioni di cui essi consentono la realizzazione[196]. Collocati l'uno come diritto reale a sé stante e l'altro tra le proposte in tema di oggetto della proprietà immobiliare, nessuno dei due fenomeni presi in considerazione, diritto reale conferito nel quadro di un rapporto locativo e superficie a titolo principale, eventualmente sotto forma di cessione di volumi, è regolato negli articoli generali dedicati all'accessione[197]; in effetti, proprio la scelta di cogliere

[195] Cfr. H. Périnet-Marquet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé*, in *Revue de droit immobilier*, n. 1, 2009, pp. 19 ss.

[196] V. art. 607 dell'articolato del progetto; cfr. P. Malinvaud, *La propriété*, in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens,* Parigi, 2009, p. 45.

[197] Nella disciplina dell'accessione si regola però la sorte delle costruzioni e piantagioni fatte da un detentore, che, in assenza di convenzione contraria, se fatte sotto lo sguardo e senza opposizione del proprietario, non apparterranno a quest'ultimo che alla fine del contratto o dei suoi eventuali rinnovi o proroghe, con la previsione allora di un indennizzo per il detentore corrispondente alla minor somma (alla data del pagamento) tra la plusvalenza procurata al fondo e il costo dei materiali e della manodopera.

gli stessi nella loro specificità piuttosto che nella più generica attitudine a costituire una deroga alla teoria dell'accessione costituisce un presupposto logico della decisione di parcellizzare e separare tali situazioni. È una valutazione pragmatica, sviluppatasi sulla base delle esigenze della pratica del diritto e degli operatori economici, nell'idea di lasciare autonomo sviluppo alle diverse istanze che finora si erano inquadrate in una sola teoria della superficie, complessivamente vista come un sistema di eccezioni a un'unitaria teoria dell'accessione. Si tratta forse di un segnale di presa di distanza della dottrina dalla concezione pothieriana dell'accessione, sotto l'influenza di una realtà della struttura economica delle situazioni di appartenenza sempre più lontana da quella concepita dai codificatori? Si tornerà sull'argomento di questa divaricazione. Resta nel frattempo da vedersi se l'ingegnosa proposta finirà per incontrare il favore del legislatore, senza il cui intervento il proposito di scomposizione in diverse figure delle situazioni finora inquadrate sotto l'etichetta del diritto di superficie potrebbe comportare un definitivo scivolamento nel caos dell'assetto francese dei diritti reali, a fronte di una moltiplicazione di figure atipiche ben al di là di quelle che già la giurisprudenza del XIX secolo aveva riconosciuto, in continuità con la tradizione, per dare uno sfogo al sistema.

B. *Diritto reale di godimento speciale e diritto di superficie*

Prima di proseguire con le innovazioni proposte dal progetto di riforma del diritto dei beni in tema di superficie, venendo in particolare allo spunto dell'introduzione nel testo del *Code civil* di un diritto reale di godimento speciale, sembra opportuno fare qualche altro rapido cenno alla concezione del sistema dei diritti reali consolidatasi dopo la codificazione e alle critiche a essa rivolte nel corso del tempo, al fine di comprendere nel quadro di tale dibattito il significato e la portata di un'eventuale codificazione di questo "nuovo" diritto reale.

a. *La problematica del numero chiuso o aperto dei diritti reali*

L'idea di un *numerus clausus* dei diritti reali[198] è sostenuta dal filone dottrinale maggioritario in Francia sin dalla codificazione. Il principio di libertà contrattuale, a sua volta paradossalmente di un'importanza politica dirompente nell'impianto della codificazione napoleonica[199], risulterebbe allora limitato, in materia di diritti reali, alle sole figure predeterminate dal legislatore, in sede di *Code civil* o di legislazione speciale, onde evitare parcellizzazioni e sovrapposizioni incontrollate delle prerogative reali su una stessa cosa, tali potenzialmente da svuotare la proprietà di ogni contenuto effettivo e pregiudicare la nozione forte di dominio, improntata al diritto romano, fatta propria dai codificatori. Essi stessi, per quanto desumibile dai lavori preparatori, sembravano propendere per limitare quanto più possibile il novero dei diritti reali[200], testimoniando di tale

198 Su cui v. A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, p. 395: "The *numerus clausus* principle therefore does not really mean that the list of property forms is "closed," that the number of forms is fixed, and the content of the list—the specific admitted forms—is stable. Rather, the *numerus clausus* principle imposes two basic, complementary, constraints on the creation of new forms. One is structural; it concerns the number of forms. The other is substantive, it concerns their content"; sul principio del *numerus clausus* nella tradizione di *civil law*, cfr. S. Van Erp, *Comparative Property Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, New York, 2006, pp. 1053-1056; v. anche l'analisi comparativa di B. Rudden, *La Teoria Economica contro la «Property Law»: il problema del «Numerus Clausus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 451 ss.

199 A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, III ed., Parigi, 1921, p. 103; sul paradosso del contemporaneo sviluppo dei contrastanti principi del numero chiuso e dell'autonomia privata, v. P. Vitucci, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Rivista di diritto agrario*, 1972, pp. 855 ss.

200 V. J.B. Treilhard, *Présentation au corps législatif et exposé des motifs*, in P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, Parigi, 1827, p. 33: "Ce livre renferme quatre titres :

De la distinction des Biens ; De la propriété ; De l'usufruit et de l'Habitation ; Des servitudes ou Services fonciers.

Voilà, en effet, les seules modifications dont les propriétés soient susceptibles dans notre organisation politique et sociale ; il ne peut exister sur les biens aucune autre espèce de droits : ou l'on a une propriété pleine et entière, qui renferme également et le droit de jouir et le droit de disposer ; ou l'on n'a qu'un simple droit de jouissance, sans

volontà di rottura l'articolo 543 in virtù del quale non si può avere sui beni che un diritto di proprietà, un semplice diritto di godimento o soltanto da pretendere dei servizi fondiari (servitù reali), gravanti quindi meramente su un fondo e per l'utilità di un fondo e non più anche su una persona e per l'utilità di una persona (servitù personali)[201]. Da una tale formulazione, non propriamente limpida, è stata da molti fatta discendere, considerando la stessa di ordine pubblico, la recezione nel *Code* del principio del *numerus clausus*[202].

Gli autori, peraltro mai unanimi nell'aderire alla teoria qui riassunta[203], applicavano poi con maggiore o minore rigore tale regola del numero chiuso: la superficie, una volta acquisita nel sistema come una forma di proprietà, apparentemente non urtava con il principio, pur esercitando storicamente la funzione di riassorbire nell'ordinamento situazioni, soprattutto rurali e talvolta molto risalenti nel tempo, di difficile compatibilità con esso. D'altra parte, variamente, nelle diverse interpretazioni, si ammetteva o respingeva, fino all'intervento del legislatore del 1902, l'autonoma sopravvivenza all'*Ancien droit* di un autonomo diritto reale di enfiteusi, accolta dalla giurisprudenza

pouvoir disposer du fonds ; ou enfin on n'a que des services fonciers à prétendre sur la propriété d'un tiers ; services qui ne peuvent être établis que pour l'usage et l'utilité d'un héritage ; services qui n'entraînent aucun assujettissement de la personne ; services enfin qui n'ont rien de commun avec les dépendances féodales brisées pour toujours".

[201] V. anche art. 686: "Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public".

[202] C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi, 1870, pp. 436-437; Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 586, nota 1.

[203] C.-B.-M. Toullier, J.-B. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code: ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, vol. II, parte I, VI ed., Parigi, 1845, p. 38; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VI, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 107 ss.; M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, *Traité pratique de droit civil français: les biens*, t. III, Parigi, 1926, pp. 52-54; cfr. la posizione di G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, pp. 147-148.

con ben maggiore facilità. Anche Ginossar, nel suo peculiare impianto teorico, riaffermava il principio del numero chiuso e il carattere eccezionale dei diritti reali, derivanti dall'anomalia della situazione di essere obbligato *propter rem*, tenuto a una specifica prestazione non per un impegno volontariamente assunto, bensì per il solo fatto della titolarità di un bene: uno stato di cose quindi concepibile solo e limitativamente nei casi in cui sia imposto dall'autorità della legge, ostacolo alla libera circolazione dei beni e per questo circondato da cautele volte a renderne nota l'esistenza all'acquirente (obbligo di dichiarazione dell'alienante, meccanismi di pubblicità immobiliare, ecc.)[204]. Il favore della dottrina per un numero dei diritti reali predeterminato da norme di diritto positivo si è in effetti mantenuto predominante anche in epoca contemporanea[205] – con una certa discussione sull'appartenenza o meno a tale categoria di una molteplicità di figure di confine create o recepite nel corso del tempo dal legislatore[206], a partire dalla situazione del compro-

[204] V. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, p. 137, nota 140: "Si la propriété et la créance ou – plus exactement – la propriété des biens corporels et celle des créances personnelles sont les deux types de droits que l'on rencontre dans tous les systèmes de droit privé, il est parfaitement possible d'en concevoir un où le droit réel serait totalement inconnu. Rappelons que dans l'ancien droit romain l'assiette de la servitude était la propriété du maître du « fonds dominant » et que l'hypothèque se réalisait sous forme d'engagement personnel de fiducie".

[205] H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 4; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, pp. 458-459; dubitativi, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 698-700; W. Dross, *Droit des biens*, II ed., Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 113-115; per C. Larroumet, *Droit civil,* t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 33-35, il principio del *numerus clausus* ha ragion d'essere per i soli diritti reali di garanzia, dunque al di fuori della sfera degli smembramenti della proprietà; ancora, F. Danos, *Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie*, in *Rép. Defrénois*, 2012, n. 21, p. 1069, approva la libertà di creazione di diritti reali, con il solo limite dell'interdizione alla concessione di un diritto di godimento perpetuo; favorevole al *numerus clausus* per le sole garanzie reali e contrario negli altri casi, con il limite del rispetto dei principi di ordine pubblico, Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, Parigi, 2016, pp. 238 ss. contrari al principio del *numerus clausus*, per es., J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Parigi, 1981, pp. 107 ss.; C. Atias, *Droit civil : les biens*, XI ed., Parigi, 2011, p. 62.

[206] Per alcuni esempi, v. P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 112; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 698-700.

prietario in un condominio di edificio[207] – oggi appoggiandosi più frequentemente su considerazioni di sicurezza giuridica, garanzia dei terzi e pubblicità che sullo spettro del risorgere di forme feudali di scomposizione delle prerogative del dominio[208] talmente incisive da svuotare lo stesso di ogni contenuto pratico. A fronte delle limitazioni del sistema francese di pubblicità immobiliare[209], nella loro flessibilità la categoria delle servitù e soprattutto, per quanto qui oggetto d'interesse, quella del diritto di superficie hanno allora continuato a essere percepite nella prassi come dei recipienti di particolare capienza, adatti a recuperare alle regole della pubblicità fondiaria, tendenzialmente improntate alla tipicità[210], figure sostanzialmente atipiche concordate tra le parti, imponendosi sotto tali qualificazioni ai funzionari dei servizi incaricati della pubblicità immobiliare. Permane quindi l'ambiguità del diritto di superficie, indispensabile alla tenuta del sistema ma, al tempo stesso, elemento di perturbazione e destabilizzazione dello stesso, nei confronti tanto della proprietà quanto degli altri diritti reali, nella permanenza di confini assai sottili e mobili[211].

A differenza della dottrina, da subito la giurisprudenza testimoniava in materia un'accentuata libertà dal dato testuale – abilmente camuffata dietro l'arida brevità, quasi da sillogismo aristotelico, propria dello stile degli arresti della *Cour de Cassation*, che caratteristicamente lasciano nella sfera dell'im-

[207] G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, pp. 189-190.

[208] Ma è invece proprio quest'ultima l'argomentazione che spinge J. Carbonnier, *Droit civil,* t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, pp. 76-77, a difendere con convinzione la tesi del numero chiuso; v. anche F. Zenati-Castaing, *Note sous Cass. 3e civ., 18 janv. 1984*, in *D.*, 1985, J., 504; F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: nomenclature des droits réels*, in *RTD civ.*, 1993, p. 163: "Le régime des biens hérité de la Révolution repose en entier sur l'idée d'une propriété une et indivisible, principe comportant comme corollaire la prohibition des modifications de la propriété non autorisées par la loi. L'impossibilité d'inventer de nouveaux droits réels est le gage de la non résurgence du domaine divisé de l'ancien régime".

[209] Che prevede una lista definita di atti soggetti a pubblicazione da parte del servizio incaricato della pubblicità fondiaria, ma comunque anche una clausola più generale che comprende ogni atto, anche sottoposto a condizione sospensiva, o decisone giudiziaria che comporti mutazione o costituzione di diritti reali immobiliari (*décret* n. 55-22 del 4 gennaio 1955, art. 28, 1°, a).

[210] P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 112.

[211] D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, p. 424.

plicito e del non detto la massima parte del ragionamento giuridico adottato – e una maggiore tendenza alla continuità con il diritto di prima della Rivoluzione. Così, nel 1834, nel famoso caso Caquelard[212], che finiva per inquadrare il diritto atipico come una manifestazione di comproprietà, la *Cour de Cassation* puntualizzava – non senza ambiguità – come gli articoli 544, 546 e 552 fossero semplicemente dichiarativi del diritto comune relativamente alla natura e agli effetti della proprietà, senza che gli stessi, né alcuna altra legge, escludessero le diverse modificazioni e scomposizioni di cui tale diritto è suscettibile. L'avversità al *numerus clausus* risultante dalle argomentazioni della sentenza continuava di quando in quando a emergere nella giurisprudenza[213], fino a tempi recenti[214], trovando coronamento nella sentenza del 2012 di cui si darà conto subito di seguito, in dialogo e convergenza con l'orientamento dottrinale manifestatosi nella redazione del progetto di riforma del diritto francese dei beni[215].

Senza che il dibattito abbia assunto in Belgio le stesse proporzioni che in Francia, anche lì è in atto un'evoluzione verso l'ammissione di un più incisivo ruolo dell'autonomia privata in tema di creazione di diritti reali *sui generis*, sia pure con un'attenzione più spiccata della dottrina ai limiti imposti a tale creazione dall'esigenza di rispetto delle regole di ordine pubblico[216].

212 *Cass. req., 13 févr. 1834, S., 1834, I, 205.*

213 *Cour roy. Amiens, 2 déc. 1835, DP, 1936, 2, 29; App. Dijon, 30 déc. 1896, DP, 1898, 2, 100; App. Rouen, 28 nov. 1925, D., 1927, 2, 172.*

214 *Cass. 3e civ., 18 janv. 1984, D., 1985, J., 504; Cass. 3e Civ., 4 mars 1992, D., 1992, J., 386*; *Cass. 3e civ., 25 mars 1992, D., 1992, IR, 143; Cass. 3e Civ., 17 juin 1997, n. 96-10506*; *Cass. 3e civ., 2 oct. 2002, n. 00-14029*: "attendu qu'ayant exactement relevé que le droit de chasse concédé par l'acte de partage du 27 juin 1970 revêtait le caractère, non pas d'un droit de chasser conféré à titre personnel, mais d'un attribut de droit de propriété s'analysant en un droit réel d'usage viager attaché au fonds, que l'acte de partage avait été régulièrement publié et qu'il en était fait mention dans les deux actes de vente du 24 septembre 1988, la cour d'appel, abstraction faite de motifs surabondants, a justement retenu que ce droit de chasse était opposable aux sociétés acquéreurs des parcelles concernées"; *Cass. 3e Civ., 24 oct. 2007, n. 06-19260*: "un droit de jouissance privatif sur des parties communes est un droit réel et perpétuel qui peut s'acquérir par usucapion".

215 Cfr. F. Mezzanotte, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015, pp. 62-69.

216 V. P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*,

In Italia, dove comunque un sicuro fondamento testuale della sua sussistenza non è dato, il dibattito sui fondamenti e sull'attualità del principio del numero chiuso è a sua volta all'ordine del giorno e attira l'attenzione degli studiosi, in una tendenza che sembra comune ai principali sistemi giuridici del mondo[217]. Si è consolidata in dottrina la sottile distinzione tra tipicità e *numerus clausus*, la prima riferendosi "alla esclusività della fonte, e cioè all'ordinamento che limita l'autonomia del soggetto, e la seconda alla determinazione del contenuto, cioè del «tipo» della situazione reale che il soggetto può prescegliere"[218]. Ormai venuta meno la ragione fondamentalmente politico-economica che il numero chiuso dei diritti reali poteva avere nella lotta per l'abbattimento dei vincoli e pesi feudali, e via via che il principio della libertà fondiaria perdeva sempre più l'originale fermezza, prima limitato e poi conformato rispetto alla presenza preponderante d'interessi sovraindividuali[219], il *numerus clausus*, col tempo radicatosi nell'immaginario collettivo dei nostri giuristi, è stato tenuto fermo dalla maggioranza di essi, pur cercandovi diverse e più attuali giustificazioni teoriche[220], come la stabilità insita nei diritti reali rispetto al dinamismo dei rapporti obbligatori[221], il principio di stretta legalità dei rapporti derivanti da

t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, p. 26: "Selon nous, en l'état actuel des textes, où le législateur belge n'a pas opté expressément, si l'on doit admettre pareille création c'est à la condition de faire naître ainsi un droit réel qui consiste en un service dû par la chose du propriétaire et qui soit véritablement distinct des droits réels nommés par la loi (qu'il s'agisse du Code civil ou de lois spéciales)".

217 Cfr. B. Akkermans, *The* numerus clausus *of property rights*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 100 ss.

218 M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni*, vol. VIII, t. I, Milano, 1980, p. 216; v. anche M. Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, pp. 169-171; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965, pp. 560-561, p. 573; P. Vitucci, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Rivista di diritto agrario*, 1972, pp. 855 ss.

219 Cfr. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 151-152.

220 Per una rassegna comparatistica delle ragioni legali ed economiche del principio del *numerus clausus*, v., da ultimo, F. Mezzanotte, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015; B. Akkermans, *The* numerus clausus *of property rights*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 107 ss.

221 F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1966, p. 72.

contratto la cui efficacia non si limiti alle parti[222], le esigenze di tipicità del sistema della pubblicità soprattutto immobiliare, uno sfavore dell'ordinamento per la coesistenza di più diritti reali su una stessa cosa, gli inconvenienti in termini di conflitti d'interessi in sede di circolazione del bene e di più difficile commerciabilità e la tutela dei creditori del proprietario[223]. Peraltro, nel contesto giuridico attuale, forme d'immobilizzazione nel tempo di patrimoni trovano nuova linfa, con uno svuotamento sostanziale di molti principi del diritto delle successioni quali concepiti all'epoca delle codificazioni. Alcuni autori rimarcano la differenza tra tipicità della struttura dei diritti reali e atipicità dei negozi potenzialmente costitutivi degli stessi[224]. L'orientamento dominante, non incontrastato[225], tende ancora oggi a tenere fermo il principio[226] – beninteso, rispetto al dispiegarsi della volontà

[222] Art. 1372 del C.c.; cfr. M. Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p. 170.

[223] Con tali argomentazioni, a difesa dell'attualità dei principi di tipicità e *numerus clausus*, v. G. Cattaneo, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, pp. 969-974; M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V ed., Torino, 1958, pp. 406-407, giustifica il principio in base a più generali ragioni di tutela del terzo, nei cui confronti il contratto non produce effetto che nei casi previsti dalla legge (art. 1372 C.c., comma 2).

[224] C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1936, I, p. 367; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 249; *contra*, L. Barassi, *I diritti reali limitati: in particolare, l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, p. 62.

[225] R. Nicolò, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 908, qualifica "ormai poco più di un pregiudizio" il principio della tipicità dei diritti reali; v. anche la posizione di P. Vitucci, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Rivista di diritto agrario*, 1972, pp. 855 ss.; sotto il Codice precedente, in tal senso è la posizione di F.S. Bianchi, *Corso di codice civile italiano*, Torino, 1895, pp. 809 ss.; R. Luzzatto, *Le alienazioni delle parti di cosa immobile in vista della loro separazione futura e la trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, pp. 765-768.

[226] Per un tale orientamento, cfr. D. Mandrioli, *Diritti reali*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 883; M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni*, vol. VIII, t. I, Milano, 1980, pp. 201 ss, in part. p. 218: in quanto così "si perviene alla tutela del soggetto più debole nei confronti del soggetto più forte, che potrebbe servirsi dello strumento contrattuale per imporre, a danno di altri soggetti, particolari modi di godimento dei beni realizzanti atipiche posizioni di vantaggio"; comunque favorevole al mantenimento, sia pure in un diverso quadro argomentativo, v. C. A. Funaioli, *Intorno al concetto di realità e ai diritti di godimento su cosa altrui*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, p. 258: "Solo così, se intesi qual

privata, ma non come limite all'attività del legislatore[227] – in particolare in virtù della sua duplice funzione da un lato di salvaguardare la destinazione dei diritti reali alla circolazione, sicché la standardizzazione e la chiarezza comunicazionale servono per ridurre le informazioni che i potenziali acquirenti, nei sistemi di mercato, si trovano a dover raccogliere, e dall'altro lato di evitare la creazione di posizioni di appartenenza occulte poco propense a soddisfare la funzione di garanzia patrimoniale che il sistema assegna ai diritti reali sui beni. Tuttavia, sempre più si riconosce la necessità di adottare, in dottrina, quella certa, necessaria flessibilità, che può esprimersi, per esempio, nella sanzione non della nullità degli atti di disposizione delle cose non rientranti nelle categorie predefinite, ma della loro riqualificazione obbligatoria, o ancora esprimersi nell'apertura alla creazione di nuovi diritti reali per opera dell'azione combinata di prassi e giurisprudenza, anche in assenza di un intervento del legislatore[228]. Il problema si sposta in tale prospettiva dal

inerenza alla cosa *adversus omnes* […], non come disponibilità o godimento riguardo all'oggetto, si comprende fra l'altro che i diritti reali siano un *numerus clausus*, (già l'osserva il [Giorgianni], pag. 169 sg.): non potendo le parti disporre all'infinito, nei riflessi dei terzi, che il diritto rimanga legato alla cosa in ogni successiva alienazione. Il che nessun altro all'infuori della legge può sancire, sia pure in una cerchia diversa di casi – la cui individuazione sta appunto alla dottrina stabilire – secondo i varî ordinamenti giuridici"; v. anche L. Barassi, *I diritti reali limitati: in particolare, l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, pp. 61-62 e, sotto il Codice del 1865, G. Venezian, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, vol. I, II ed. riveduta da G. Osti, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte V, *Delle servitù*, Napoli, Torino, 1931, pp. 121 ss.

227 F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1966, pp. 64-65; S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp. 1330-1331 (nell'analisi esegetica dell'opera del legislatore, l'Autore si dimostra peraltro aperto a un'interpretazione ampia dell'attributo della realità, riscontrando la stessa in presenza di fenomeni nuovi che aspirano a forme forti di tutela); cfr. le riflessioni di D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, pp. 124 ss.

228 A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 152-154; v. anche U. Morello, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali,* vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010, pp. 67 ss., in part. p. 82: "In pratica nel diritto in azione sarebbe disattesa la regola che non possono essere modificati i caratteri *sostanziali* od *essenziali* dei diritti reali *tipici* (*Typenfixierung*), mentre sarebbe ancora osservata la regola che non sono ammissibili diritti reali del tutto nuovi (*Typenzwang*). Si passerebbe così dal principio del numero chiuso dei diritti reali ad un nuovo sistema che è retto da regole tali da far pensare piuttosto

piano dell'organizzazione della proprietà al piano della comunicazione, volta a garantire la conoscibilità ai terzi, potenziali acquirenti, della situazione giuridica del bene.

Altro ancora è poi l'inquadramento del problema negli ordinamenti di *common law*, che pure conoscono il principio del *numerus clausus*[229]. In tale sistema giuridico, anche se in termini di diritto stretto la creazione di nuove figure atipiche è più o meno fortemente contrastata, essa trova ampli spazi di riconoscimento e tutela attraverso l'*equity*, il che

> consentendo di articolare su più livelli funzionali e in capo a soggetti diversi i diritti sui beni, dal lato rispettivamente della loro gestione (*management*) e della fruizione (*enjoyment*) delle utilità relative, finisce per incidere sulla questione della rilevanza della distinzione-classificazione dei diritti patrimoniali in 'reali' e 'personali'; nel senso di implicare comunque, rispetto all'ordinario regime di *common law*, un regime speciale, appunto assistito dai mezzi di tutela offerti dalla giurisdizione di *equity*, a vantaggio dei diritti (*equitable rights*) del titolare beneficiario dei beni e al di là della

ad un numero "quasi" chiuso dei diritti reali"; G. Resta, *Nuovi beni immateriali e* numerus clausus *dei diritti esclusivi*, in G. Resta (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, pp. 3-72; B. Akkermans, *The* numerus clausus *of property rights*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 115-116.

[229] Cfr. A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, p. 368: "In the United States, first-year law students learn that there is a limited menu of available standard property forms. The menu includes the "estates" (the fee simple absolute, the defeasible fee simple, the life estate and the lease), the basic forms of concurrent interests (tenancy in common, joint tenancy, marital property, trusts, condominium), and the four types of servitudes (easements, profits, real covenants and equitable servitudes)"; secondo l'opinione di M. Graziadei, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 82-83: "Today the *numerus clausus* principle prevents the creation of radically new property rights both in common law and in civil law jurisdictions […]. Nonetheless, the linguistic habits prevailing in these jurisdictions are strikingly more discordant than the respective rules. Those habits portray two worlds with opposite features, namely a world where property rights can be split, shuffled, and redistributed without much trouble, and a world where similar operations are strictly limited. These widely different narratives contain a grain of truth, of course. […] The reality is that this judicial power in common law jurisdictions is exercised sparingly and with the greatest caution, precisely because the introduction of new rights *in rem* inevitably limits the liberty of others".

problematica qualificazione, secondo l'una o l'altra categoria, dei diritti stessi[230].

Ne deriva allora un regime complessivo di spiccata divisibilità delle utilità proprietarie, che sopravvive anche nelle configurazioni contemporanee dei modelli di *common law,* sia pure variamente ristretto per opera dei legislatori nazionali (per es., in Inghilterra, con la legislazione del 1925, i soli *estates in land* ammessi *at law* sono il *freehold*, *fee simple absolute in possession,* e il *leasehold*, *term of years absolute*, come anche è limitato *at law* il novero dei possibili *interests or charges in or over land*: diversi *estates, interest* o *charges* non possono pertanto avere effetto che *in equity*) o della giurisprudenza allo scopo di garantire una maggiore certezza del diritto in rapporto ai sistemi di registrazione dei titoli sugli immobili[231] o comunque limitato dal principio democratico che è visto come fondamento del diritto[232].

[230] L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in G. Alpa *et alii*, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 64-65.

[231] V. R. Megarry, W. Wade, *The Law of Real Property*, VI ed. a cura di C. Harpum, con M. Grant e S. Bridge, Londra, 2000, n. 4-090: "equitable interests in land can be created in any case in which such interests could have existed in real or personal property prior to 1926. […] It appears to preclude the creation of novel forms of equitable interests after 1925"; B. McFarlane, N. Hopkins, S. Nield, *Land Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2009, pp. 95 ss.; Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montreal, 2017, p. 311; cfr. *House of Lords, 13 May 1965, National Provincial Bank Ltd v Ainsworth, AC 1175, Judgement (Lord Wilberforce)*, in S. Van Erp, *General Issues: Setting the Scene*, in S. Van Erp, B. Akkermans, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2012, p. 75: "Before a right or an interest can be ammitted into the category of property, or of a right affecting property, it must be definable, identifiable by third parties, capable in its nature of assumption by third parties, and have some degree of permanence or stability".

[232] Cfr. A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, p. 304: "The reason for this constraint on property experimentalism is rooted in a democratic conception of the content of property forms, as well as of the process through which they are generated. As others have noted, because property rights have an inherent public quality (i.e., they impose duties on all non-owners), we want them to embody democratic values we collectively approve of. Additionally, we want property forms to be generated through a democratic process. New property forms have to pass muster with democratically elected legislatures. […] It is not always the case, as many suggest, that new property forms are generated by market actors seeking their own economic

b. *Il diritto reale di godimento speciale nelle proposte e nella successiva giurisprudenza*

Una delle più note proposte contenute nel progetto di riforma del diritto dei beni francese, oggetto di attenzione nella presente sezione, è consistita nel configurare *ex novo* un inedito diritto reale, detto di godimento speciale[233]. Tale costruzione rappresenta un nuovo e originale approccio all'annoso dibattito se i diritti reali costituiscano o meno un *numerus clausus*: si dà luogo allora a un diritto reale contenutisticamente aperto, che si sostanzia nel conferimento da parte del proprietario di una o più utilità particolari – sotto la forma del beneficio di un uso o godimento speciale – di uno o più dei suoi beni[234]. Tale diritto, dai connotati piuttosto vaghi, che s'istituisce con le stesse modalità di un usufrutto, si può riempire di contenuti vari, eterogenei e non determinabili a priori, nei limiti del rispetto della destinazione normale del bene, delle regole di ordine pubblico e di una durata massima non eccedente il trentennio. Esso presenta tutti i vantaggi, la portata e la forza dei diritti reali, compresa la possibilità di essere gravato di garanzie reali. L'idea ispirante l'istituto era un delicato compromesso tra esigenze contrastanti, uno

self-interest and subsequently ratified by legislatures. Rather, it is often the case that citizens motivated by public values generate new forms that are then approved by the legislature. In other words, civil society's democratic creativity plays an important, and largely overlooked, role in the evolution of property law"; sul dibattito negli USA in tema di *numerus clausus*, piuttosto incentrato su argomenti di *legal policy* e di efficienza che dogmatici, cfr. S. Van Erp, *Comparative Property Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, New York, 2006, pp. 1061-1062, nonché le fonti ivi citate.

233 Per un approfondimento, v. J.-L. Bergel, *Servitudes et autres droits réels spéciaux*, in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009, pp. 85 ss.; J.-L. Bergel, *Droits réels de jouissance et valorisation des biens: les propositions de réforme du droit des biens*, in *Droit civil, civilité des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Mouralis*, Aix-en-Provence, 2011, pp. 19 ss.; in lingua italiana, cfr. F. Mezzanotte, *« Liberté contractuelle » e « droits réels » (a proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 857 ss.; S. Zolea, *La difficoltosa ascesa dell'immateriale nelle codificazioni francese e italiana*, in *Comparazione e diritto civile*, <www.comparazionedirittocivile.it>, febbraio 2016.

234 Art. 608 del progetto: "Le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un ou plusieurs droits réels conférant le bénéfice d'un usage spécial ou d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs de ses biens".

stratagemma di salvataggio *in extremis* del principio di tipicità del novero dei diritti reali[235] riconducendo le istanze di scomposizione atipica delle utilità di un bene a un inedito diritto reale dalla struttura sostanzialmente indeterminata, sorta di valvola di sfogo interna al sistema volta ad ammettere la disgregazione delle utilità dominicali senza sfociare nella proliferazione delle figure di *iura in re*[236].

Tale proposta della commissione per la riforma del diritto dei beni ha riscontrato un importante seguito in giurisprudenza, con la sentenza della *Cour de Cassation* del 31 ottobre 2012[237]. Originatasi da una complessa vicenda di alienazione immobiliare svoltasi molti anni prima della contesa giudiziale, la questione giunta fino in ultimo grado verteva sulla qualificazione di un diritto reale costituito contestualmente alla vendita: come diritto di uso e abitazione, soggetto quindi a cessazione al termine di un periodo massimo non passibile di superare il trentennio, nel frattempo da lungo tempo trascorso, oppure come diritto reale innominato frutto dell'autonoma volontà delle parti, per tutta la durata dell'esistenza della fondazione beneficiaria del diritto? Con una formulazione più esplicita di quella utilizzata nel risalente caso Caquelard, la sentenza ammetteva che il proprietario potesse consentire, con riserva delle regole di ordine pubblico, un diritto reale tale da conferire il beneficio di un godimento speciale del suo bene: è quasi letterale il richiamo all'articolo 608 del progetto di riforma. Solo che quest'ultimo cercava di giungere allo stesso risultato senza rigettare la regola di principio del *numerus clausus* e creando un nuovo diritto reale dal contenuto aperto: una soluzione che sarebbe stata

[235] Sebbene, a differenza che in una redazione precedente, la versione finale dell'*avant-projet* non affermi più espressamente il carattere di ordine pubblico del principio del *numerus clausus*.

[236] J.-L. Bergel, *Servitudes et autres droits réels spéciaux*, in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009, p. 86; v. anche E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 4, p. 1086: "il "nuovo" diritto reale previsto nel progetto suscita non poche difficoltà di inquadramento, stante la contraddizione, difficilmente sanabile, tra la previsione di un diritto reale "tipico" epperò dal contenuto "atipico""; l'Autore evidenzia anche (pp. 1086-1087) le problematiche poste dalla figura del diritto reale di godimento speciale in tema di opponibilità ai terzi.

[237] *Cass. 3e civ., 31 oct. 2012, n. 11-16304.*

possibile al legislatore, ma non al giudice, che in questo diverso modo, confermando lo sfavore giurisprudenziale per il suddetto principio, palesava comunque l'intento di far proprio lo spunto suggerito dalla dottrina, di cui riprendeva da una parte il limite dell'ordine pubblico – si pensi altrimenti ai rischi di aggiramento delle norme per esempio poste a tutela del contraente debole nella disciplina speciale delle locazioni – e dall'altra, soprattutto, la qualificazione di godimento speciale del diritto, tale quindi da riguardare la scorporata e autonoma attribuzione di singole utilità di un bene. Su un altro punto la Corte assumeva una posizione ancor più radicale del progetto dottrinale, che aveva limitato a trent'anni la durata massima del diritto reale di godimento speciale, mentre la *Cassation* sembrava, diversamente, far dipendere la decisione proprio dall'esclusione di una tale limitazione temporale del diritto[238]: un principio giuridico assai problematico in rapporto al sistema codicistico delle situazioni di appartenenza, che la suprema giurisprudenza francese si è ben guardata dal mantenere saldo, giungendo presto, al contrario, a escludere la perpetuità di un diritto reale di godimento speciale in favore di un limite di tempo trentennale[239], salvo poi, ancora una volta, far cadere il limite del trentennio, che è espressamente dettato con disposizione di ordine pubblico[240] in materia di diritto di uso e abitazione (quando non attribuito a degli individui) attraverso il rinvio alle regole dell'usufrutto[241].

238 H. Périnet-Marquet, *La liberté de création des droits réels est consacrée*, in *Constr.-Urb.*, 2013, n. 1, pp. 1-2; L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, *La liberté de création des droits réels aujourd'hui*, in *D.*, 2013, *Études*, pp. 53 ss.

239 Cfr. *Cass. 3e civ., 28 janv. 2015, n. 14-10013:* "lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du code civil", su cui v. W. Dross, *Que reste-t-il de l'arrêt Maison de Poésie?, note sous Cass. 3e civ., 28 janv. 2015, n. 14-10013*, in *RTD civ.*, 2015, pp. 413-416 ; B. Mallet-Bricout, *Droits réels de jouissance spéciale: premier signe de rejet de la perpétuité*, in *D.*, 2015, pp. 599 ss. ; E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 4, pp. 1087-1088.

240 *Cass. 3e civ., 7 mars 2007, n. 06-12568*.

241 *Cass. 3e civ., 8 sept. 2016, n. 14-26953*: "ayant relevé que les parties avaient entendu instituer, par l'acte de vente des 7 avril et 30 juin 1932, un droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le code civil, la cour d'appel, qui a constaté que ce droit avait été concédé pour la durée de la Fondation, et non à perpétuité, en

c. *Diritto di superficie e diritto reale di godimento speciale: punti di contatto ed elementi di rivalità*

Il diritto reale di godimento speciale si trova ora in uno stato fluido nella giurisprudenza e non è stato oggetto di un recepimento da parte del legislatore tale da fissarne i caratteri fondamentali: ma non solo questo lo accomuna al diritto di superficie, cui è dedicata la presente trattazione. Si è osservato nelle pagine d'introduzione storica come il diritto di superficie abbia rivestito nella giurisprudenza, con il progredire del XIX secolo, un ruolo di clausola di chiusura del sistema codicistico dei diritti reali, riconducendo a una – sia pure forzata e fragile, più di facciata che di sostanza – conformità allo stesso quell'ampia congerie di situazioni di frammentazione atipica delle utilità dominicali, ereditate dall'*Ancien droit* e ancora abbondanti nel mondo rurale, la cui legittimità i tribunali avevano avallato già all'indomani della codificazione, ma che solo con i decenni finiva per assestarsi intorno al nucleo concettuale del proteiforme diritto di superficie. Al giurista italiano, abituato alla definizione formale contenuta nel nostro Codice, precisa e circoscritta, potrà apparire sorprendente la riconduzione a tale istituto di fenomeni così variegati, comprensibile solo nel quadro della sua funzione di valvola di sfogo del sistema francese dei diritti reali che ha fatto seguito alla rottura rivoluzionaria. Pertanto, alle due principali espressioni nel diritto vivente francese della figura della superficie – le locazioni reali e la scomposizione dello spazio in volumi oggetto di proprietà, che saranno oggetto di approfondimenti specifici nella seconda parte del testo – nel modello d'oltralpe tuttora si aggiunge, a completare la nozione, sia pure ormai con una funzione residuale, il suo ruolo di clausola di chiusura del sistema dei diritti reali, idonea alla frammentazione atipica

a exactement déduit, répondant aux conclusions dont elle était saisie, que ce droit, qui n'était pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du code civil, n'était pas expiré et qu'aucune disposition légale ne prévoyait qu'il soit limité à une durée de trente ans" ; cfr. J.-L. Bergel, *Le droit réel de jouissance spéciale est distinct du droit d'usage et d'habitation et aucune disposition légale ne limite sa durée à trente ans*, in *RDI*, 2016, pp. 598 ss.; v. anche, da ultimo, *Cass. 3e civ., 7 juin 2018, n. 17-17240*: "est perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot".

delle utilità dominicali tra diversi soggetti a titolo di proprietà. Evidentemente, proprio a tale funzione del diritto di superficie[242] viene a fare in qualche modo concorrenza il nuovo istituto escogitato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il diritto reale di godimento speciale, che raccoglie in sé, come figura autonoma, precisamente questo ruolo di valvola di sfogo del sistema che ambiguamente era rimasto in capo al diritto di superficie. In esso confluirebbero proprio quelle manifestazioni, al margine del diritto di superficie e oggetto di orientamenti giurisprudenziali contraddittori; ma vi sarebbe posto anche per configurazioni completamente nuove[243], per esempio utili al mondo degli affari, senza escludere che esse possano portare sulla scomposizione delle utilità di beni mobili e di beni immateriali di recente emersione.

In fondo, non si tratta di una novità dirompente, ma piuttosto d'istituzionalizzare, attribuendovi una collocazione, una denominazione e un profilo autonomi, una funzione latente del diritto di superficie in Francia, probabilmente proprio quella che ne ha consentito storicamente la trasmissione fino al diritto contemporaneo – invece che l'oblio come istituto di *Ancien droit* – ormai sopravanzata nel diritto vivente da altri e più attuali impieghi, ma mai scomparsa. Lo stratagemma di confinare questo aspetto del diritto di superficie in un'autonoma figura è pienamente conforme all'approccio al tema adottato dagli estensori della proposta di riforma del diritto dei beni, di scomporre la superficie nelle sue diverse espressioni conformi alla pratica del diritto, perché ciascuna trovi una sede, varia-

242 Cfr. le riflessioni di A. Fusaro, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in A. Fusaro, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, II ed., Torino, 2017, p. 359.

243 Per qualche esempio dei variegati utilizzi possibili della nuova figura giuridica, v. J.-L. Bergel, *Servitudes et autres droits réels spéciaux*, in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009, p. 89: "Ce seraient des droits […] par exemple ayant pour objet l'utilisation et l'exploitation d'installations sportives ou de loisirs, une jouissance partielle et particulière d'une propriété immobilière ou d'un bien mobilier déterminé, un bateau, un véhicule, un outillage, notamment, ou encore le droit de pêcher ou de faire de la voile sur un étang ou de chasser sur une propriété. On peut même imaginer que ce droit puisse permettre d'instituer, au-delà de la loi du 6 janvier 1986 sur les sociétés d'attribution en jouissance à temps partagé, de véritables droits réels de jouissance partagée".

mente posizionata, per un proprio sviluppo autonomo rispetto alla casa madre ormai giudicata troppo stretta: e in quest'ottica il diritto reale di godimento speciale si affianca a pieno titolo nel progetto alle locazioni attributive di un diritto reale e alla proprietà dei volumi. È da vedersi se il legislatore interverrà a recepire e a formalizzare il nuovo diritto reale, o se, coerentemente con quanto fatto in materia di superficie, ne lascerà lo sviluppo e la definizione dei limiti alla prassi giuridica sotto la vigilanza dei giudici e degli studiosi accademici, limitandosi nel corso del tempo a disciplinarne specificamente singoli aspetti che si rendano utili alla realizzazione di determinati fini di politica del diritto.

Capitolo terzo

Le fonti del diritto di superficie

Sezione I. *Fonti convenzionali*

A. *Contratti di locazione*

È giunto il momento di analizzare le fonti del diritto di superficie nei due ordinamenti giuridici oggetto di maggiore attenzione nel presente studio. Come anticipato in fase d'introduzione, non si sta qui tentando di svolgere una trattazione esauriente e completa del diritto di superficie in nessuno dei modelli studiati, ma si sta focalizzando la lente su quegli aspetti del regime di tale diritto reale che più efficacemente si prestano a rendere chiari gli elementi strutturali di somiglianza e di differenza tra un ordinamento e l'altro e, se del caso, a trarne spunti di ordine più generale sull'evoluzione dei rispettivi sistemi civilistici delle regole di appartenenza. Un ostacolo alla comparazione può consistere nel regime frammentario del diritto di superficie francese, ripartito tra una molteplicità di figure differenziate secondo il loro titolo costitutivo. Una serie di aspetti, come il rapporto tra superficiario e proprietario del suolo e l'estinzione del diritto saranno allora caso per caso osservati, quando d'interesse per il filo del discorso, nella seconda parte del testo, dedicata al diritto di superficie nella prospettiva dinamica delle sue figure maggiormente diffuse nel panorama francese, senza pretesa di affrontare gli stessi in termini generali in questa prima parte: il raffronto puntuale tra le regole operative nel diritto italiano e i gruppi di regole operative nel diritto francese, prima ancora di aver approfondito i diversi noccioli intorno a cui si sono raccolti questi ultimi gruppi di regole, risulterebbe un'enunciazione piuttosto

tediosa e si ridurrebbe a un catalogo tutto sommato abbastanza sterile e di non facile impiego per trarne elementi interpretativi di rilievo. Un aspetto, già più volte evocato, che sembra invece maggiormente interessante per una comparazione di dettaglio, anche per porre le basi del prosieguo dell'analisi, consiste nelle diverse fonti del diritto di superficie negli ordinamenti italiano e francese, su cui esistono un terreno comune importante e presupposti di riferimento comparabili in maniera unitaria senza troppe difficoltà. L'analisi separata delle fonti permetterà di meglio afferrare le diverse formazioni del diritto di superficie in Francia a cui le varie fonti danno luogo; e, mettendo in rilievo le rispettive affinità e le divergenze con l'Italia già nella fase costitutiva del diritto, si potranno poi cogliere più facilmente i punti d'incontro e le distanze dei sentieri perseguiti dalla superficie nei due modelli giuridici.

Prima di analizzare le fonti una per una, è bene rimarcare brevemente l'affinità tra il tema delle fonti della superficie e quello della loro prova in sede di giudizio, ovvero l'elemento che in concreto finirà spesso per far decidere il contenzioso in un senso o nell'altro. La prova del diritto è una questione di particolare importanza, per un istituto strutturalmente concepito come la deroga e l'eccezione a un altro istituto, l'accessione immobiliare, ritenuta nei due sistemi giuridici, italiano e francese, sulla scorta del diritto romano, più o meno largamente di applicazione generale[1]. È un rapporto regola-eccezione, saldo nel diritto positivo dell'uno e dell'altro ordinamento, che la contemporaneità potrebbe in prospettiva spingere a mettere in discussione, sfumandosi sempre più nella percezione diffusa, particolarmente nei contesti urbani, la preminenza ideale del suolo su quanto lo sovrasta: la pratica francese della divisione di uno spazio in volumi oggetto di appropriazione autonoma non fa che confermare tale impressione. Tanto più nell'ordinamento d'oltralpe, dove il diritto di superficie non trova uno spazio nel sistema del *Code civil* se non come riflesso, implicito, di una deroga all'enfatizzato principio dell'accessione immobi-

[1] V. G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, p. 79.

liare, l'aura di eccezionalità[2] che impronta l'istituto ne rende particolarmente delicato il tema della prova. In Italia, invece, con il passaggio dal Codice del 1865 a quello del 1942, con un preciso inquadramento della figura della superficie, tra i diritti reali minori, la meno incalzante presenza di figure di confine dall'incerta collocazione rende in qualche misura meno centrale tale questione probatoria[3], che si pone comunque, di volta in volta, in sede contenziosa, quando è controversa l'interpretazione del titolo[4], soprattutto al fine di distinguere la concessione edificatoria attributiva di un diritto di superficie – sicuramente idonea a derogare al principio dell'accessione immobiliare di cui all'articolo 934 del Codice civile – da quella con meri effetti obbligatori, come si è visto, oppure quando è controversa la sussistenza dei presupposti dell'avvenuta prescrizione acquisitiva. In ogni caso, il negozio attributivo di un diritto di superficie, atto a comportare la deroga al principio dell'accessione, dovrà rivestire la forma scritta *ad substantiam*[5]. La prova del diritto non potrà pertanto essere fornita da differenti atti o circostanze di fatto:

[2] T. Revet, *Propriété du dessous*, in *RTD civ.*, 2002, pp. 539-540; F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, pp. 142 ss.; J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, in J. Ghestin (sotto la direzione di), *Traité de droit civil*, II ed., Parigi, 2010, p. 330.

[3] Cfr. A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 126-127: "Affinché sortisca effetti, il patto a costruire va oggi *ex lege* assicurato per documenti e non vi è più incertezza che una certificazione debba essere fornita in causa dal costruttore che rivendichi per sé il bene. A lato tuttavia di un siffatto onere, vi è per il lavoratore l'indiscutibile diritto sostanziale di acquisire l'opera senza dover affrontare il calvario processuale cui lo sottoponeva il vecchio art. 448. La scrittura rappresenta quindi non un sacrificio per chi ha prestato la propria attività sul suolo altrui, ma […] il raggiungimento della tanto auspicata chiarezza tra i due millenari contraddittori, nonché l'apposizione di un confine invalicabile per il proprietario a garanzia dell'impegno e dell'alea assunti dal concessionario. […] Ecco le premesse logico-giuridiche della materia oggi contenuta negli artt. 952 e segg. c.c. Gli scopi che con essa si intendono raggiungere: da una parte, dar rilievo al lavoro, eliminando dal dato normativo le due gravose presunzioni previste dal precedente art. 448 c.c. del 1865 a carico del concessionario; dall'altra, perfezionare sotto il profilo tecnico la disciplina dell'istituto".

[4] Il diritto di superficie dovendo, naturalmente, essere espressamente voluto e quindi oggetto di specifica manifestazione negoziale, quando il titolo costitutivo ne sia un negozio giuridico: *Cons. St., Sez. IV, 3 marzo 2015, n. 1034*; *Cass. civ., sez. II, 24 gennaio 2018, ord. n. 1750*.

[5] *Cass. civ., ss.uu., 16 febbraio 2018, n. 3873*.

la dimostrazione dell'esistenza e dell'acquisto del diritto di superficie deve essere fornita con un documento avente immediata funzione costitutiva; deve, quindi, escludersi che tale diritto possa essere provato indirettamente da atti destinati ad una funzione specifica diversa[6],

quale per esempio una mera autorizzazione a eseguire le costruzioni[7]. Il giudice, in controversie di natura civilistica oppure tributaria, non dovrà in ogni caso limitarsi alle espressioni delle parti, ben potendo procedere alla riqualificazione del contratto la cui natura sostanziale si discosti da quella proclamata.

Il filone dominante della giurisprudenza francese tende per parte sua ad affermare il pieno operare dell'accessione immobiliare, a meno che la presunzione non sia neutralizzata dalla prova contraria[8] risultante da un titolo o dall'usucapione[9], non

[6] *Cass. civ., sez. II, 16 giugno 1967, n. 1401, MFI, 1967, 397*; cfr., a fini tributari, DPR del 26 aprile 1986, n. 131 ("Approvazione del Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro"), art. 24, comma 1: "Nei trasferimenti immobiliari le accessioni, i frutti pendenti e le pertinenze si presumono trasferiti all'acquirente dell'immobile, a meno che siano esclusi espressamente dalla vendita o si provi, con atto che abbia acquistato data certa mediante la registrazione, che appartengono ad un terzo o sono stati ceduti all'acquirente da un terzo"; v. anche, nella giurisprudenza, *ex ceteris*, *Cass. civ., sez. II, 19 aprile 1994, n. 3714*; *Cass. civ., sez. I, 2 settembre 1997, n. 8397*; *Cass. civ., sez. I, 17 luglio 1999, n. 7583*; *Cass. civ., sez. V, 12 marzo 2002, n. 3559*; *Cass. civ., sez. V, 27 marzo 2003, n. 4623*; *Cass. civ., sez. V, 23 marzo 2006, n. 6523*; però, in *Cass. civ., sez. II, 2 giugno 1999, n. 5397*: "L'atto con cui i proprietari pro indiviso di alcuni terreni edificatori stabiliscono di sottoporre i detti terreni a vincolo di non edificabilità a favore di un'erigenda costruzione di proprietà di uno solo di essi, integra – con riferimento alla parte di suolo su cui dovrà essere eretta la costruzione – gli estremi di un negozio giuridico costitutivo del diritto reale di superficie a favore del proprietario della costruzione. Tale negozio può essere costituito anche dall'atto con cui dai predetti soggetti viene richiesta al Comune la licenza edilizia per l'erigenda costruzione, sempre che nella scrittura sia ravvisabile la volontà degli interessati di costituire sul suolo comune e a favore di uno solo di essi la proprietà della costruzione separata dalla proprietà del suolo. L'accertamento che un atto scritto contenga gli estremi essenziali del diritto di superficie mediante concessione "ad aedificandum" costituisce apprezzamento di fatto insindacabile in sede di legittimità, se correttamente e congruamente motivato".

[7] M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 93-94; *Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 1985, n. 1536, MFI, 1985, 295*.

[8] E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, p. 289.

[9] *Cass. 3e civ., 26 mai 1992, n. 90-22145; Cass. 3e civ., 13 mai 2015, n. 13-27342, n. 14-15678*; *contra,* ammettendo, nel silenzio dei titoli, la prova contraria

essendo sufficiente a tal fine un insieme di semplici inferenze concordanti[10] o testimonianze[11]. Un orientamento differente si è riscontrato in presenza di situazioni di fatto determinate da particolari condizioni topografiche, come una falesia invalicabile che separa due suoli distinti situati a livelli differenti, così da indurre i giudici a escludere l'operare di qualsivoglia meccanismo di accessione immobiliare tra l'uno e l'altro[12]; della situazione dei luoghi si è tenuto conto anche in altre circostanze, in cui una frazione d'immobile si caratterizzava strutturalmente come prolungamento di un altro immobile contiguo e la questione dirimente finiva per consistere nella delimitazione della linea di demarcazione tra i due[13]. In ogni caso, l'orientamento giurisprudenziale prevalente tende a riaffermare e a rafforzare l'evidente favore del *Code civil* per l'operare del meccanismo dell'accessione, con l'approvazione decisa da parte di quella posizione dottrinale che non vede nella superficie che un mero diritto reale sul suolo altrui, con una natura della relativa azione piuttosto confessoria che di rivendicazione[14] e un più gravoso onere probatorio. Sorge

risultante da circostanze di fatto tali da stabilire un diritto contrario, *Cass. req., 25 juin 1901, S., I, 214*; v. anche il ruolo decisivo di una concomitanza di circostanze in *Cass. 3e civ., 7 nov. 1978, Bull. civ. III, n. 335*.

[10] *Cass. 3e civ., 12 juill. 2000, n. 97-13107*, su cui v. nota di H. Périnet Marquet in *JCP*, 2001, *Chronique*, p. 305, n. 1: "Admettre des témoignages, présomptions et autres éléments de fait reviendrait, en pratique, à valider une usucapion au rabais ne répondant pas aux conditions légales prévues par le code"; *Cass. 3e civ., 9 févr. 1982, RDI, 1983, 201*, con nota critica di J.-L. Bergel, favorevole a un'omogeneizzazione dei mezzi di prova della proprietà, sia essa o meno connotata da un diritto di superficie; non sembra risolvere la questione né in un senso, né nell'altro *Cass. 1re civ., 18 déc. 1963, D., 1964, J., 168*, limitandosi a enunciare che "le droit de superficie est un droit réel dont la preuve doit être rapportée suivant les règles du droit commun", senza però specificare la precisa natura del diritto reale e quanto ne consegue.

[11] *Cass. 3e civ., 13 févr. 1973, Bull. civ. III, n. 121*.

[12] *Cass. 3e civ., 29 févr. 1984, n. 83-10040*; più spontanea risulterebbe in Italia la stessa soluzione, in virtù del disposto dell'articolo 840 del Codice civile, per cui il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tali profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante che egli non abbia interesse a escluderle.

[13] *Cass. civ., 30 nov. 1853, D., 1854, I, 17*; *Cass. req., 8 nov. 1911, D., 1912, I, 484*; F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, pp. 143-145.

[14] V. F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, p. 144: "[il s'agit] d'établir si le propriétaire a accordé à autrui un droit sur une partie de sa chose. Ce ne sont pas les règles de la revendication

conclusivamente l'interrogativo se, nella permanenza di testi in massima parte rimontanti all'originaria codificazione napoleonica, il diritto vivente manterrà tale orientamento restrittivo o se, sulla spinta delle tendenze alla valorizzazione della terza dimensione nel regime delle situazioni di appartenenza, finirà per affievolirlo, quantomeno nell'ipotesi, che più generalmente si pone, in cui il conflitto verta sulla proprietà superficiaria di un immobile o di una sua frazione già realizzati, nel cui caso il sussistere del diritto di superficie riveste una funzione ausiliaria rispetto a un vero e proprio diritto di proprietà, la cui prova potrebbe sembrare naturale ammettere con tutti i mezzi ammessi per ogni altra proprietà immobiliare.

Nella stragrande maggioranza dei casi, un diritto di superficie si costituisce per via contrattuale, perlopiù attraverso convenzioni di vendita e, in Francia, di locazione[15]. Lo stretto rapporto tra contratto di locazione e diritto di superficie caratterizza specialmente il diritto francese, con il locatore che in un'ampia varietà di schemi convenzionali – alcuni dei quali tipizzati dal legislatore, altri da rinvenirsi direttamente nell'interpretazione dell'accordo tra conduttore e locatore – attribuisce al conduttore anche un diritto reale, al fine di rendere più solida e sicura, nell'economia del contratto, la sua posizione. Con riferimento alla Francia, si analizzeranno qui le ipotesi di nascita di un diritto di superficie in presenza ovvero in assenza di uno specifico accordo tra le parti, mentre, nella seconda parte del presente lavoro, si vedranno uno per uno gli schemi di locazione anomala, predisposti dal legislatore, strutturalmente attributivi al conduttore di un diritto reale. Diversamente, in Italia, l'avvento del Codice del 1942[16], con la sua positivizzazione della

immobilière qui doivent alors s'appliquer, mais plutôt celles de l'action confessoire, plus appropriées à un droit sur la chose d'autrui ; la preuve du droit allégué ne peut donc être rapportée que par titre ou prescription. Bien que l'article 553 qualifie le droit concurrent de celui du propriétaire de propriété, il ne permet pas de le prouver par tous les moyens, contrairement à un droit de propriété ordinaire, à un vrai droit de propriété, serait-on tenté d'ajouter".

[15] J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 550.

[16] Come osservato, ben diverso, e molto più vicino a quello francese, era il quadro teorico sotto il precedente Codice civile italiano del 1865: v. L. Salis, *La*

figura del diritto di superficie come diritto reale a sé stante, ha rappresentato un divorzio concettuale tra locazione e superficie e precluso, fino ai nostri giorni, un'evoluzione esuberante dell'istituto nelle direzioni in cui si è verificata negli ultimi decenni al di là delle Alpi. Una locazione (o comodato), di per sé, non può allora, nel sistema italiano dei diritti reali, essere la fonte di un diritto di superficie[17]. Tuttavia, un'autonoma pattuizione, anche contestuale, può, in quanto convenzione diversa da quella locativa ma a essa complementare nell'operazione economica desiderata dalle parti, costituire un diritto di superficie su una porzione del suolo locato[18]; ma l'artificiosità e la complessità – a partire dalla gestione del rapporto fra i due patti – di un tale assetto, avulso dall'esperienza plurisecolare di *ius commune* in cui affondano le radici le locazioni superficiarie francesi e privo di un quadro normativo certo e definito, non ne ha incentivato l'utilizzo nei termini massicci a cui si assiste in Francia.

a. *Costituzione di un diritto di superficie conformemente a un accordo tra le parti*

È frequente nel modello francese che un diritto di superficie nasca all'interno di un rapporto locativo, come diritto conferito al conduttore del contratto di locazione; naturalmente, il *Code civil* non prevede espressamente tale situazione[19], la cui possibi-

proprietà superficiaria, Padova, 1936, pp. 66-67.

[17] V. G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 143-144; G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 476; M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 93-94; dubbia (ma intesa dal Pugliese in senso conforme alla propria impostazione, coerente con l'assetto adottato dal Codice del 1942 in tema di superficie) è invece la risalente sentenza *Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 1942, n. 462, Il foro it., 1942, I, 597*.

[18] *Cass. civ., sez. I, 15 giugno 1974, n. 412, MFI, 1974, 412*; G. Pescatore, R. Albano, *Della proprietà*, t. I, in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1968, p. 633; G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 476, nota (I); G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1481.

[19] Cfr. M. Planiol, *Note sous App. Paris, 8 févr. 1892*, in *D.*, 1892, II, p. 409: "La Révolution a supprimé les tenures perpétuelles; aujourd'hui nous n'avons plus à notre disposition que le louage, simple bail temporaire. […] De là, après un délai

lità e i cui presupposti sono stati oggetto di vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza. Esistono alcune specifiche figure di locazione strutturalmente concepite intorno al conferimento di un diritto di superficie: esse saranno oggetto di specifica e approfondita trattazione nella seconda parte di questo studio. Si vuole qui invece porre il problema in termini generali, valutando se e quando un ordinario contratto di locazione di un fondo possa dar luogo a un diritto di superficie per il conduttore. È innanzitutto pacifico che – in considerazione del carattere dispositivo della disciplina codicistica dell'accessione immobiliare – le parti possano convenire *expressis verbis*[20] l'attribuzione al conduttore di un diritto di proprietà superficiaria su costruzioni esistenti, ovvero il diritto di realizzarne di nuove diventandone proprietario, attraverso rinuncia all'accessione da parte del *dominus* del fondo. L'accordo attributivo di un diritto di superficie potrà anche risultare implicitamente da alcune clausole contrattuali[21], in particolare in presenza di una destinazione per via d'ipoteca delle costruzioni al pagamento di un debito[22], o comunque da

variable, un retour du fonds aux mains du propriétaire et un conflit d'intérêts entre le constructeur et le bailleur".

[20] *Cass. req., 27 mai 1873, S., 1873, II, 254; Cass. 3e civ., 6 nov. 1970, D., 1971, J., 395; Cass. 3e civ., 12 mars 2002, n. 00-21123*; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, pp. 223-224; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 842; con una decisione volta ad attribuire una certa stabilità alla complessa situazione giuridica a cui l'attribuzione di un diritto di superficie al conduttore dà luogo, una risalente giurisprudenza di merito ha affermato che la risoluzione anticipata del contratto di locazione, a cui l'eventuale creditore ipotecario sia rimasto estraneo, lascia sopravvivere, nei confronti di quest'ultimo, la garanzia ipotecaria fino al termine originariamente stabilito: *App. Paris, 8 févr. 1892, 2e Ch., D., 1892, II, 409*.

[21] E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, pp. 288-289; cfr. M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, *Traité pratique de droit civil français: les biens*, t. III, Parigi, 1926, p. 317; G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil,* VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, p. 31; *Cass. civ., 14 déc. 1923, D., 1925, I, 111*.

[22] *Cass. civ., 7 avr. 1862, S., 1862, I, 450;* Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 627; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, II ed., Parigi, 1932, p. 945; in tema d'ipoteche, nel diritto positivo cfr. art. 2420 *Code civil*, 3°: "Celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui peut hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur

un insieme di clausole tali da conferire particolare solidità alla situazione del conduttore, con ampia libertà di costruire e di demolire secondo le proprie esigenze[23].

Un tale diritto di superficie avrà ordinariamente una durata temporanea, circoscritta al periodo del rapporto contrattuale tra le parti. È concepibile, con rari riscontri nella giurisprudenza[24], anche il conferimento convenzionale al conduttore di un diritto di proprietà sulle costruzioni che non si estingue con il rapporto locativo, sopravvivendo a esso potenzialmente in perpetuo. Tuttavia, i modelli di locazione strutturalmente concepiti come reali meglio si adattano eventualmente a operazioni di tal fatta, servendosi di tecniche d'ingegneria giuridica sofisticate[25], con una disciplina autonoma volta ad assicurare una migliore e più sicura circolazione della situazione, al contempo reale e personale, del conduttore ed una sua più efficace utilizzabilità come garanzia ipotecaria di un credito. La disciplina inderogabile delle locazioni commerciali è pure fonte di ulteriori attriti con l'intento di dar luogo convenzionalmente a un diritto di superficie stabile a favore del conduttore nel quadro dell'operazione economica desiderata[26]. Meglio sarà dunque in molti casi per le parti ricorrere alle figure di locazioni superficiarie specificamente modulate dal legislatore, con una varietà di regimi, a loro volta in alcuni casi molto adattabili, così da far fronte alle

les nouvelles constructions édifiées au même emplacement".

23 *Cass. civ., 26 juill. 1921, D., 1925, I, 78.*

24 *Cass req., 15 nov. 1875, D., 1876, I, 210; Cass. 3e civ., 16 déc. 1997, n. 95-20756*; *contra,* F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 219.

25 Cfr. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 157: "[Les baux superficiaires de droit commun] recouvrent des opérations que les parties réalisent selon les seules ressources du droit commun en insérant dans un bail toutes les clauses propres à établir la propriété du preneur. Le bail superficiare de droit commun se présente alors comme la simple juxtaposition d'un droit de superficie et d'un bail, sans que la qualification de louage sorte modifiée de cette greffe. Le bail superficiaire spécial est, au contraire, un contrat original et distinct des éléments qui le composent".

26 V. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 159: "Opération de crédit au sol, le bail superficiaire doit avoir une durée fixe et un prix déterminé. […] Le droit au renouvellement, la faculté triennale de résiliation offerts au preneur et la réglementation des loyers sont ainsi autant de pièces du statut des baux commerciaux qui altèrent le but financier qui pourrait guider un bail superficiaire".

specifiche esigenze dell'equilibrio economico che esse intendono realizzare.

La sorte finale delle costruzioni, piantagioni od opere realizzate dal conduttore di un'ordinaria locazione in presenza di un accordo, sia essa acquisizione al proprietario gratuita o dietro indennizzo o loro rimozione, sarà perlopiù regolata nella convenzione. In giurisprudenza si è esclusa un'applicazione sia pure residuale dell'articolo 555, che nella disciplina dell'accessione regola – all'infuori d'ipotesi specificamente normate[27] – le conseguenze della costruzione su un fondo altrui da parte di un terzo, con materiali a lui appartenenti[28]: tale soluzione può denotare un certo discostamento dal sistema codicistico, almeno nelle situazioni in cui la volontà delle parti sia stata di escludere l'operare del principio *superficies solo cedit* per un determinato periodo di tempo, in quanto, anche al successivo realizzarsi differito dell'accessione, non fa ritrovare piena applicazione

[27] Come quelle che si producono – secondo l'orientamento dominante – in presenza di una situazione di usufrutto (art. 599 C.c.), attraverso l'estensione giurisprudenziale a costruzioni e piantagioni delle norme ivi dettate in tema di migliorie: C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 375; sulla controversia sull'applicabilità o meno dell'articolo 555 a figure quali l'usufruttuario e l'indivisario, cfr. J. Brissé Saint Macary, *De l'accession artificielle immobilière: essai d'un fondement juridique rationnel*, thèse Bordeaux, 1929, pp. 184 ss.

[28] V. *Cass. 3e civ., 6 nov. 1970, D., 1971, J., 395*: "En statuant par ces motifs, alors qu'il lui appartient de rechercher, par une interprétation de la convention litigieuse, si, dans la commune intention des parties, le propriétaire n'avait pas renoncé au bénéfice de l'accession pour l'ensemble des constructions qui étaient immeubles, rendant, dans ce cas, inapplicables, pour leur sort, les dispositions de l'article 555 du Code civil, la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision"; sembra offrire una soluzione anche più chiara alla questione il principio di diritto affermato in *Cass. 1re civ., 15 juin 1953, D., 1953, J., 613*: "l'art. 555, d'après son texte même, régit uniquement le cas où des constructions ont été édifiées sur un terrain par un tiers, c'est-à-dire par une personne qui n'est pas, avec le propriétaire dudit terrain, dans les liens d'un contrat se référant spécialement aux constructions, plantations ou travaux"; nello stesso senso, *Cass. 3e civ., 24 juin 1975, Bull. civ. III, n. 215* (equiparando alla convenzione, agli effetti dell'esclusione dell'applicazione dell'art. 555, un *arrêté préfectoral* di occupazione del terreno in vista dello sfruttamento di giacimenti minerari); *Cass. 3e civ., 19 juin 1984, JCP, 1984, 279*; *Cass. 3e civ., 10 avr. 1986, JCP, 1986, IV, 163*. Esclude in generale l'applicazione dell'art. 555 tra parti legate da un contratto di locazione F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXV, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 196 ss. Peraltro, l'esistenza di un rapporto convenzionale anche diverso dalla locazione può escludere l'applicazione dell'articolo 555: v. per es. *Cass. 3e civ., 2 oct. 2002, n. 01-00002.*

al relativo regime del codice, neanche nell'assenza di un patto difforme. In questo orientamento può riscontrarsi un tentativo di ottimizzare la situazione del conduttore-proprietario superficiario, la cui riduzione allo stato di terzo (sia pure in buona fede) alla fine del rapporto[29] potrebbe risultare troppo penalizzante, almeno in presenza di un regime convenzionale di attribuzione in proprietà temporanea delle costruzioni, pur negligente nel regolare adeguatamente il punto della loro sorte. Come si vedrà, il destino delle costruzioni alla fine del contratto è di solito direttamente normato dal legislatore in maniera espressa nelle locazioni anomale strutturalmente attributive di un diritto reale.

In questo modo di operare del diritto vivente, favorevole alla possibilità di una deroga convenzionale all'operare immediato del meccanismo dell'accessione, già da tempo nella dottrina francese si era riscontrato un segno di crisi di una teoria unitaria e sistematica dell'accessione stessa, degradata piuttosto a un insieme di soluzioni concrete a specifici litigi, applicate quando altre esigenze di ordine pratico non suggeriscono una soluzione divergente della contesa[30]: un'intuizione che l'ulteriore sviluppo, negli ultimi decenni, sotto forme varie del diritto di superficie sembra avere decisamente confermato.

Il rapporto tra contratto attributivo di un diritto reale di superficie, opponibile ai terzi, e contratto attributivo di un diritto meramente personale, locazione, comodato o concessione *ad aedificandum* atipica dagli effetti meramente obbligatori, si pone in Italia su un piano non di cumulo, bensì di alternatività in sede d'interpretazione della convenzione, per risalire alla volontà delle parti di costituire l'uno o l'altro diritto:

> è astrattamente ipotizzabile che le parti, stante l'autonomia contrattuale loro riconosciuta dall'art. 1322 c.c., possano attribuire alla concessione ad "aedificandum" i caratteri ed i contenuti di un diritto personale nei

[29] Di locazione; ma analogamente si è argomentato per il comodato d'uso: P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, pp. 134-137; *amplius*, J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976, pp 371 ss., che riscontra nel caso della locazione solo una manifestazione di un più generale principio di dissociazione giuridica temporanea dell'immobile in favore del titolare di un diritto di godimento.

[30] G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Parigi, 1969, pp. 289-290.

soli confronti del concedente, che trova la sua fonte in un contratto (atipico) con effetti meramente obbligatori, non soggetto, tra l'altro, a rigori di forma o di pubblicità[31].

In tale ipotesi di concessione edificatoria a effetti obbligatori, il costruttore non dovrebbe acquistare, nella visione più lineare e diffusa sebbene niente affatto pacifica, un diritto di proprietà su quanto realizzato, bensì un mero diritto personale di godimento[32], non potendo ottenere il provvedimento concessorio a suo nome, bensì solo a quello del proprietario del fondo,

[31] *Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7300*; v. anche *Cass. civ., sez. II, 26 marzo 1953, n. 779, MFI, 1953, 168*: "È giuridicamente concepibile un negozio ad effetti obbligatori qualificabile come un tipo anomalo di locazione, in cui al locatario si conceda il godimento di un terreno con facoltà di farvi delle addizioni (nella specie: baracche) di cui godrà precariamente come conduttore, e che alla fine del rapporto potranno restare o meno al concedente secondo gli specifici patti intervenuti al riguardo. Manifesta è in tal caso la differenza tra questo tipo di contratto e quello che dia luogo a un diritto reale di superficie"; in materia d'interpretazione dei contratti a fini fiscali, *Cass. civ., sez. I, 9 novembre 1964, MFI, 1964, 723*; *Cass. civ., sez. II, 25 gennaio 1963, n. 233, MFI, 1968, 56*: "La regola dell'accessione delle opere fatte dal terzo, con materiali propri, su suolo altrui, sancita dall'art. 936 cod. civ., trova applicazione solo nel caso in cui il costruttore possa effettivamente considerarsi «terzo» per non essere legato al proprietario del suolo da un vincolo contrattuale o comunque negoziale; pertanto, nel caso che la costruzione sul suolo altrui sia stata oggetto di espressa convenzione fra il proprietario del suolo e il costruttore, non può il giudice di merito ritenere senz'altro avverata l'accessione senza prima esaminare, secondo criteri di corretta ermeneutica, il contenuto di tale convenzione, al fine di escludere che con essa si fosse inteso costituire, sia un diritto di superficie, sia una concessione ad aedificandum quale rapporto ad effetti meramente obbligatori, che può trovare sua fonte e sua disciplina in un contratto atipico non soggetto a requisiti di forma e di pubblicità"; *Cass. civ., sez. I, 27 maggio 1971, n. 1587, MFI, 1971, 480*; *Cass. civ., ss.uu., 2 giugno 1984, n. 3351, MFI, 1984, 683*; *Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1392*; cfr. G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, nota 35, pp. 585-587.

[32] M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 93-94; G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, p. 89; cfr. A. Guarneri, *La superficie, artt. 952-956*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile commentato*, Milano, 2007, p. 95: "Con la progressiva trasformazione della superficie da diritto obbligatorio in diritto reale si trasformano contestualmente anche le fattispecie acquisitive: non più contratti ad effetti obbligatori, ma contratti ad effetti reali, che si noti bene, sono gli unici titoli idonei a impedire l'operatività immediata del principio di accessione"; G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (II parte)*, in *Rivista del notariato*, 2017, III, p. 1063.

né farne ricadere gli effetti nella propria sfera giuridica[33]. La restrizione del campo del diritto di superficie in Italia, quale regolato dagli articoli 952 e seguenti, rispetto alla più estensibile formulazione delle eccezioni ammissibili alla regola dell'accessione immobiliare di cui all'articolo 934, è d'altronde fonte di scarsa chiarezza e di contraddizioni nel sistema; la maggior parte degli autori tende comunque a far coincidere la nozione di superficie con quella di deroga all'accessione immobiliare[34]. Altrove, ci si serve della sottile distinzione tra proprietà superficiaria e proprietà separata per far rientrare in quest'ultima categoria, da alcuni ritenuta sprovvista di un'ulteriore prerogativa reale sul suolo, situazioni problematiche di dissociazione giuridica dell'immobile[35]. In altre interpretazioni ancora, infine,

[33] G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 4; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 138-142; aggiungono questi ultimi Autori (p. 142) che, a fronte di un comportamento scorretto del *dominus soli*, il costruttore disporrà di azioni suscettibili di realizzare il suo interesse anche in forma specifica attraverso una tutela di natura relativa, con azioni che "nulla potrebbero nell'eventualità in cui si fossero già consolidati diritti di varia natura in capo a terzi soggetti il cui titolo, o per sua natura, o per l'anteriorità dell'esercizio (art. 1380) sia prevalente sulla posizione giuridica del costruttore"; *Cass. civ., sez. I, 15 luglio 1959, n. 2318, MFI, 1959, 436*.

[34] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 455; M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 88 ss.; A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 292-293, p. 404, richiamandosi, nella dottrina precedente al Codice del 1942, ad A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927, p. 103, per cui il rapporto superficiario è "quell'istituto giuridico che regola in un modo qualsiasi la volontà di costituire una proprietà della superficie separata dalla proprietà del suolo"; v. anche R. Peratoner, *Della superficie*, in *Artt. 952-1099: superficie – enfiteusi – usufrutto – uso e abitazione – servitù prediali*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2008, p. 27: "È appena il caso di ricordare, vista l'evidenza del dato, che i soli contratti idonei a costituire o trasferire la superficie o, il che è lo stesso, ad impedire l'accessione, sono quelli ad effetti reali".

[35] Cfr. L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 948: "questa connessione fra le due cose, suolo e costruzione, può essere rotta, secondo il nostro ordinamento, solo in due modi: mediante l'alienazione separata della costruzione già esistente, o mediante la costituzione del diritto di superficie"; cfr. le argomentazioni di M. Bianca, *Diritto civile,* VI: *la proprietà*, Milano, 1999, p. 550: "La concessione di un diritto personale di superficie può ravvisarsi nell'autorizzazione data al locatario (o comodatario) di eseguire una costruzione.

sembra senza troppo approfondimento teorico ammettersi *tout court* la possibilità di una deroga alla regola dell'accessione, per esempio nel quadro di un contratto di locazione, senza che ciò comporti la concessione di un diritto di superficie nei termini in cui disciplinato dal Codice[36]. Tutto ciò evidenzia l'ampiezza

Il conferimento dell'autorizzazione nell'ambito del rapporto di locazione conferma il carattere relativo del diritto concesso (valevole solo tra le parti) ma non esclude l'ipotesi che – pur in assenza del tipico diritto di superficie – il locatario acquisti la proprietà della costruzione, risolubile a seguito dell'estinzione del rapporto locatizio"; v. anche G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 6: "si è espressamente riconosciuta, anche sul piano generale, la validità del patto, «inserito nel quadro del negozio locatizio, come stipulazione accessoria di esso», in base al quale venga riconosciuto al conduttore il diritto di proprietà sulla costruzione eseguita, in una con la possibilità di conservare tale diritto anche dopo la scadenza del rapporto contrattuale; codesto patto avrebbe infatti «generica efficacia di esclusione degli effetti dell'accessione» (cfr. art. 934, ultima parte), conducendo all'acquisto di una proprietà «separata» che, avendo ad oggetto la sola costruzione nella sua materialità e non implicando alcuna legittimazione al godimento del suolo (o del sottosuolo), se non nella misura segnata dall'attualità dell'appoggio, risulterebbe compatibile con la disciplina delle posizioni soggettive del concedente e del conduttore, dettata dal codice civile con riguardo alla fase successiva al venir meno del rapporto di locazione".

36 *Cass. civ., sez. II, 26 marzo 1969, n. 974, MFI, 1969, 287*; *Cass. civ., sez. I, 25 novembre 1970, n. 2516, MFI, 1970, 763*; *Cass. civ., sez. II, 10 luglio 1985, n. 4111, MFI, 1985,* 764; *Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2005, n. 3440*: "Non opera la disciplina dettata dall'art. 934 c.c. in materia di acquisto della proprietà per accessione, quando la costruzione o l'opera esistente sopra o sotto il suolo sia stata realizzata in forza di convenzione tra il proprietario del suolo ed il costruttore o, comunque, in base ad un titolo costitutivo del diritto di superficie di quest'ultimo ovvero dello ius aedificandi. In casi del genere, i rapporti che si instaurano tra proprietario del suolo e costruttore sono disciplinati, quanto ai diritti sulle opere realizzate ed al loro concreto esercizio, dalla convenzione o dal titolo, nonché, ed a seconda della qualificazione che venga data ai diritti stessi, dalla legge"; *Cass. civ., ss.uu., 16 febbraio 2018, n. 3873* fa riferimento alla "costituzione di un diritto di superficie o di altro diritto reale in grado di separare la proprietà del suolo dalla proprietà della costruzione"; v. anche A. Guarneri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, pp. 5 ss., che prima definisce i rapporti tra accessione e superficie come di reciproca esclusione, ma subito dopo tempera l'affermazione ammettendo altre e diverse (numerose) ipotesi di paralisi dell'operare dell'accessione, estranee per l'Autore alla sfera della superficie: concessione *ad aedificandum* meramente obbligatoria, concessioni amministrative, addizioni del conduttore, dell'usufruttuario, dell'enfiteuta e del possessore, altre disposizioni di legge come quelle in tema di elettrodotti e di teleferiche; secondo l'Autore, l'eccezionalità della deroga al principio dell'accessione fa inoltre sì che tale regola torni a operare ogni volta che venga meno, per qualsiasi causa (dichiarazione di nullità, annullamento, risoluzione, rescissione, ecc.), l'efficacia del titolo vantato dal terzo; G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 70 ss., indica come

degli spazi di dialogo che permangono con il modello francese della superficie, pur nel nuovo e differente quadro dato dal legislatore italiano del 1942.

b. *Costituzione di un diritto di superficie in assenza di uno specifico accordo*

Ancor più complesso – e "pericoloso" per la tenuta del sistema – è in Francia il problema della proprietà delle opere effettuate dal conduttore nel corso del rapporto, nell'assenza di uno specifico accordo che le attribuisca allo stesso o al proprietario e in presenza delle regole generali dell'articolo 1730 del *Code civil*, che impone al conduttore di restituire la cosa nello stato in cui l'ha ricevuta, fatti salvi perimenti o degradazioni dovuti a vetustà o a forza maggiore, e degli articoli 1728 e 1729, che gli impongono di non modificarne la destinazione, pena la possibilità per il locatore di far risolvere il contratto. Mentre non è messo in dubbio di per sé l'operare dell'accessione a favore del proprietario, si pone la questione del momento dell'attivarsi di tale regola, se immediatamente ovvero alla fine del rapporto. Sia

ipotesi di deroghe all'accessione non costitutive di un diritto di superficie l'opera costruita nel fondo servente per l'esercizio di una servitù, nonché i frutti, le migliorie e le addizioni dell'usufruttuario e dell'enfiteuta; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965, pp. 560-561, p. 532, fa riferimento al diritto di superficie come a "un" caso in cui la proprietà immobiliare di ciò che esiste sopra il suolo è autonoma rispetto alla proprietà del suolo; C. Tenella Sillani, Il *diritto di superficie e la proprietà superficiaria*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015*, in *I quaderni della fondazione del notariato*, 2015, p. 61: "come la costituzione di un diritto di superficie consente di costruire e mantenere la proprietà dell'impianto distinta da quella del suolo, analogamente anche la stipulazione di un contratto di locazione, nella forma di un accordo scritto in cui si autorizza il conduttore del fondo ad installarvi un impianto ed a gestirlo per un certo numero di anni, può sortire lo stesso effetto, effetto che talora le parti esplicitano in una clausola *ad hoc*"; A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 107: "Nel caso di deroghe pattizie al principio di accessione sarà il negozio istitutivo della deroga ad identificare il bene che si vuole separare dal suolo, come esemplarmente costitutivo di un diritto di superficie"; critici su tali impostazioni, M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 79-86; R. Peratoner, *Della superficie*, in *Artt. 952-1099: superficie – enfiteusi – usufrutto – uso e abitazione – servitù prediali*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2008, pp. 10-11.

in giurisprudenza, sia in dottrina, sono state sostenute entrambe le opzioni – senza che siano mancate neanche interpretazioni intermedie[37] – della loro appartenenza al locatore ovvero, in via temporanea, al conduttore: quest'ultima ipotesi è stata fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria e da diversi autori[38]. Le argomentazioni concettuali e sistematiche favorevoli all'accessione immediata sono solide e autorevolmente sostenute. D'altra parte, la prevalenza nel diritto vivente dell'opposta opzione del suo differimento può spiegarsi con l'intento di realizzare al meglio l'equilibrio economico istituito dall'accordo

[37] V. G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, pp. 31 ss., che fanno dipendere la questione controversa dalla scelta del proprietario di rinunciare all'accessione per far demolire le costruzioni oppure di far valere l'accessione per conservare gli stessi, con effetto retroattivo al momento della loro realizzazione, considerando nel frattempo il conduttore come proprietario degli edifici sotto la condizione sospensiva della scelta del locatore in favore dell'accessione.

[38] *Ex ceteris*, v. *Cass. req., 13 févr. 1872, S., 1872, I, 104; Cass. 1re civ., 11 déc. 1962, D., 1963, J., 131; Cass. 1re civ., 1 déc. 1964, JCP, 1965, II, 14213*, con nota adesiva di P. Esmein; *Cass. 1re civ., 23 oct. 1990, n. 88-20296*; *Cass. 3e civ., 5 janv. 2012, n. 10-26965;* A. Wahl, *Note sous Cass. civ., 19 juill. 1893,* in *S.,* 1894, I, pp. 241 ss.; J.-P. Bertrel, *L'accession artificielle immobilière: contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie*, in *RTD civ.*, 1994, pp. 763-765; T. Lamarche, *L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications*, in *RTD civ.*, 2006, pp. 1 ss.; J. Carbonnier, *Droit civil,* t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, pp. 336-337; P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, pp. 309-310; per una soluzione analoga di accessione differita, in una situazione non di locazione, ma di requisizione da parte dell'Autorità pubblica, cfr. *App. Aix-en-Provence, 1re ch, 3 janv. 1952, JCP 1952, II, n. 6908. Contra, Cass. req., 27 mai 1873, S., 1873, I, 254*; *Cass. civ., 14 déc. 1921, D., 1925, I, 111*; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi, 1870, pp. 573-575; Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 628: "Si […] rien n'indique que le propriétaire du sol ait entendu renoncer au bénéfice de l'accession, le droit du fermier ou locataire sur les constructions qu'il a fait élever, n'est qu'un droit personnel et mobilier de jouissance, comme celui qui lui appartient sur le fonds même"; L. Guillouard, *Traité du contrat de louage: livre III, titre VIII du Code civil*, t. I, III ed., Parigi, 1891, pp. 337 ss.; E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, pp. 118 ss.; M. Planiol, G. Ripert, J. Hamel, B. Perrau, *Traité pratique de droit civil français: contrats civils*, t. X, parte I, Parigi, 1932, pp. 757-758; J.-P. Delmas-Saint-Hilarie, *De l'application de l'article 555 du Code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation*, in *RTD civ.*, 1959, pp. 420 ss.; H. Périnet-Marquet, *Intervention de plein droit de l'accession, note sous Cass. 3e civ., 27 mars 2002,* in *JCP,* 2003, *Chronique*, n. 117, p. 440.

locativo, consentendo al conduttore di modificare, demolire e ricostruire liberamente quanto ha realizzato, nel limite dell'abuso del diritto rappresentato da una demolizione delle opere, a ridosso della scadenza del contratto, da cui non potrebbe trarre alcun vantaggio[39]. Il conduttore potrà allora ipotecare le costruzioni che ha realizzato[40], procurandosi più facilmente del credito, naturalmente nei limiti del diritto temporaneo esercitato su di esse e quindi senza pregiudizio del riacquisto della piena proprietà da parte dal locatore al termine del rapporto, senza gravami; coerentemente con l'impostazione prevalente, il conduttore riceverà inoltre l'indennità in caso di espropriazione[41] delle opere e sarà tenuto al pagamento delle imposte sulla proprietà[42]. Riaffiora e si esprime così il principio del lavoro, a fronte di una visione statica e sovrana della proprietà che poco si adatta a strutture sociali sempre più stratificate e dai bisogni complessi: in presenza e per la durata di un rapporto contrattuale, le utilità che il *dominium* del fondo è in grado di fornire si ripartiscono tra i soggetti coinvolti secondo la loro volontà e, in mancanza di un accordo riconoscibile, secondo un criterio di attrazione verso la parte presunta economicamente più dinamica, titolata a trarne i migliori vantaggi operativi[43].

Quanto alla sorte delle costruzioni alla fine del rapporto, se non regolata convenzionalmente, troverà applicazione come regola generale quella dell'articolo 555 del *Code civil*[44]:

[39] V. R. Lindon, *Note sous Cass. 1re civ., 11 déc. 1962,* in *D*., 1963, J., 132.

[40] *Cass. req., 13 févr. 1872, S. 1872, I, 104*; cfr. *Code civil,* art. 2430, 3°: "Celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui peut hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement".

[41] *Cass. 1re civ., 5 janv. 1968, Bull. civ. I, n. 585*; *Cass. 3e civ., 4 avr. 2002, n. 01-70061*.

[42] P. Esmein, *Note sous Cass. 1re civ., 1 déc. 1964,* in *JCP*, 1965, *Jurisprudence*, n. 14213; alcune risalenti sentenze avevano però posto il pagamento di simili imposte a carico del locatore, non ammettendo il principio della proprietà del conduttore sulle costruzioni: *Cass. civ., 8 juill. 1851, D., 1851, I, 682; CE, 19 févr. 1892, S., 1894, III, 8*.

[43] Cfr. T. Lamarche, *L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications*, in *RTD civ.*, 2006, p. 21.

[44] C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi,

il proprietario del fondo potrà allora tanto far rimuovere alla controparte quanto realizzato (a spese di essa e facendole anche rimborsare l'eventuale pregiudizio, ma solo se non era in buona fede), quanto conservarne la proprietà, rimborsando, a scelta, o l'aumento di valore del fondo o il costo dei materiali e della manodopera considerato alla data del rimborso, tenendo conto dello stato in cui le opere si trovano. Potrà risultare allora decisivo il riconoscimento della buona fede del conduttore, quale per esempio risultante dall'autorizzazione da parte del locatore a svolgere i lavori[45] e in generale dal complesso delle clausole contrattuali e dall'assetto del rapporto da esse sancito[46]: tale autorizzazione non esclude tuttavia di per sé l'applicazione

1870, pp. 630-632; *Cass. 1re civ., 7 mars 1955, D., 1955, J., 590*, dove v. anche la nota adesiva di R. Saint-Alary*; Cass. 1re civ., 1 déc. 1964, JCP, 1965, II, 14213; Cass. 1re civ., 23 oct. 1990, n. 88-20296; Cass. 3e civ., 10 nov. 1999, n. 97-21942; contra*, J. Brissé Saint Macary, *De l'accession artificielle immobilière: essai d'un fondement juridique rationnel*, thèse Bordeaux, 1929, pp. 229 ss. Tale forma di accessione differita al termine del rapporto, in quanto acquisto a titolo originario, non costituirà in ogni caso un trasferimento di proprietà a fini d'imposizione fiscale: v. B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 9. Beninteso, le regole oggetto di attenzione in queste pagine riguardano la realizzazione di vere e proprie costruzioni e piantagioni e comunque opere di una certa portata e non qualsivoglia lavoro di miglioria effettuato: cfr. *Cass. 3e civ., 16 sept. 2009, n. 08-10487*; L. Rozès, *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*, Parigi, 1976, p. 339.

45 *Pro*: *Cass. req., 25 oct. 1921, D., 1922, I, 55; Cass. 3e civ., 3 oct. 1990, n. 88-18415; contra: Cass. 3e civ., 28 janv. 1987, n. 85-12176*; *Cass. 3e civ., 8 juillet 1987, D., 1987, IR, 193*; *Cass. 3e civ., 12 juill. 2000, n. 98-18857;* per un orientamento restrittivo, v. anche *Cass. 3e civ., 29 mars 2000, n. 98-15734*: "le terme de bonne foi, employé par ce texte, s'entend par référence à l'article 550 du Code civil et ne vise que celui qui possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore le vice"; v. anche F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: construction sur le terrain d'autrui*, in *RTD civ.*, 1993, p. 165, nota critica alla precitata *Cass. 3e civ., 3 oct. 1990, n. 88-18415*: "En matière de construction sur le terrain d'autrui, la bonne foi est technique et y considérer comme de bonne foi une personne par cela seul qu'elle n'a rien à se reprocher, c'est jeter le trouble". Osserva J. Carbonnier, *Droit civil,* t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, p. 338: "Un passage de Pothier (*Domaine de propriété*, n. 350), montre que l'ancienne jurisprudence ne répugnait pas à faire un traitement de faveur au possesseur de mauvaise foi, quand sa mauvaise foi était purement technique et exempte d'immoralité – idée dont se sont inspirés, de nos jours, les tribunaux pour reconnaître le bénéfice de la bonne foi au locataire qui a construit en vertu d'une permission de son bail".

46 *Cass. req., 15 juill. 1912, D., 1914, I, 28*.

dell'articolo 555[47], né vale autorizzazione il mero fatto della conoscenza dei lavori da parte del locatore[48]. La precedente ulteriore severità verso il conduttore del testo dell'articolo[49] è stata attenuata dalla legge n. 60-464 del 17 maggio del 1960, in particolare indicando come data per il computo quella del rimborso. Anche a seguito della riformulazione del testo legislativo, il conduttore ha naturalmente interesse a che la sorte delle opere sia regolata per via convenzionale in maniera più vantaggiosa e tale da tener conto del sussistere di un rapporto contrattuale, per esempio legando l'indennizzo all'aumento di valore del fondo.

Si è inoltre posta la questione se il principio della proprietà temporanea del conduttore – tale da impedire che nel corso del rapporto le opere effettuate possano dar luogo a un aumento del canone[50] – trovi il suo termine di applicazione allo scadere convenuto del contratto o dell'effettiva fine del godimento del bene, in presenza della facoltà del conduttore di prolungare lo stesso fondandosi sulle legislazioni speciali, ispirate da considerazioni di opportunità sociale ed economica. In materia di locazioni commerciali, la giurisprudenza si era orientata per un operare dell'accessione allo scadere del termine convenzionale, argomentando sulla base del carattere eccezionale delle leggi intervenute, tale da non intaccare il regime civilistico se non quando espressamente disposto, nell'operare indipendente dell'accessione dalla facoltà di essere mantenuto nel godimento

[47] *Cass. 1re civ., 7 mars 1955, D., 1955, J., 590*, imponendo l'applicazione all'indennizzo dovuto dal proprietario delle regole di determinazione (eventualmente temperate dalla buona fede) di cui all'articolo 555 del *Code civil* – all'epoca più penalizzanti di adesso – e non quelle dell'arricchimento senza causa, che lasciavano il giudice libero di quantificare altrimenti l'ammontare dell'impoverimento del conduttore; *Cass. 3e civ., 10 nov. 1999, n. 97-21942*.

[48] *Cass. civ., 3 janv. 1849, S., 1849, I, 95*; *Cass. 1re civ., 7 mars 1955, D., 1955, J., 590;* J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, p. 337.

[49] Il cui rigore, improntato a una volontà di ripresa del diritto romano, non aveva mancato di attirare critiche: J.-P. Delmas-Saint-Hilarie, *De l'application de l'article 555 du Code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation,* in *RTD civ.*, 1959, pp. 412 ss.

[50] Cfr. P. Esmein, *Note sous Cass. 1re civ., 1 déc. 1964, JCP, 1965, II, 14213*; v. anche *Cass. com., 24 mai 1960, D., 1961, S., 1*.

del bene[51]: pertanto, le opere realizzate dovevano essere tenute in conto per la fissazione del canone nel periodo di proroga; anche dopo il consolidarsi della legislazione che regola la materia, la giurisprudenza più recente ha deciso in senso analogo in occasione del rinnovo di una locazione commerciale[52]. Un diverso orientamento si è manifestato in tema di locazioni abitative, sancendo la prosecuzione della proprietà superficiaria temporanea del conduttore anche in seguito al passaggio dal regime convenzionale al regime legale[53]. In ogni caso, l'istituto della locazione tende sempre più a essere segmentato in una moltitudine di discipline per opera della legislazione sociale ed economica, derogando ampiamente alle regole comuni del Codice, ridotte a un ambito di applicazione residuale. Anche il potere di costruire e di piantare del conduttore e la sorte delle opere al termine del rapporto sono ormai in massima parte regolati da questi blocchi di legislazione[54], conferendo al locatario prerogative varie e generalmente più ampie rispetto a quelle del diritto comune[55] e disciplinando in maniera più o meno dettagliata il suo eventuale diritto al rimborso[56].

Rispetto a quanto complessivamente analizzato nel presente paragrafo, si deve segnalare il diverso orientamento giurispru-

[51] *Cass. com., 12 déc. 1960, Bull. civ. III, n. 407*; *Cass. com., 3 oct. 1961, Bull. civ. III, n. 338*.

[52] *Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, n. 05-13981*.

[53] *Cass. 1re civ., 11 déc. 1962, D., 1963, J., 131*; similmente, in tema di affitti agrari, v. *Cass. 3e civ., 13 févr. 1970, n. 67-13752*; *Cass. 3e civ., 9 déc. 1980, JCP N, 1981, Pratique, 8027, p. 468; Cass. 3e civ., 5 mars 1985, JCP N, 1985, II, p. 229*.

[54] V. L. Rozès, *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*, Parigi, 1976, p. 431: "On pourrait concevoir que les principes d'exécution des ouvrages conformes à la jouissance locative, ainsi que ceux d'une indemnisation fondée sur leur nécessité pour l'immeuble soient consacrés au sein du code civil lui-même ; les modalités propres à chaque statut locatif figureraient dans des dispositions particulières tenant compte de la spécificité des conventions".

[55] In particolare, per le locazioni abitative, v. legge n. 98-462 del 6 luglio 1989, art. 6, lett. d; per quelle agrarie, Codice rurale, artt. L411-29, L411-73; per quelle commerciali, Codice di commercio, artt. L145-47 ss.; cfr. H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 161 ss.

[56] In particolare, per le locazioni abitative, cfr. legge n. 67-561 del 12 luglio 1967, art. 5 e legge n. 98-462 del 6 luglio 1989, art. 7, lett. f; per quelle agrarie, Codice rurale, artt. L411-69 ss.; per quelle commerciali, Codice di commercio, art. L145-46.

denziale in tema di piantagioni (perlopiù viticole, ma non solo[57]) nel quadro di contratti di affitto agrari, che tiene fermo l'immediato operare dell'accessione e quindi l'acquisto della proprietà delle piantagioni da parte del locatore[58] come effetto naturale dell'accordo locativo, se non derogato dalle convenzioni tra le parti[59], come peraltro sovente accade[60]. Pertanto, in un probabile intento di salvaguardia del valore economico e socialmente produttivo delle piantagioni, in presenza di un regime d'indennizzo delle migliorie del conduttore precisamente determinato dalla legislazione in materia rurale, la *Cour de Cassation* ha ritenuto i diritti di piantare e ripiantare intimamente legati allo sfruttamento viticolo[61], aderenti al fondo dato in locazione che supporta tale sfruttamento[62], e ne ha fatto conseguire l'impossibilità per il conduttore d'imporre al locatore – proprietario del fondo e delle piantagioni – la rimozione della vigna[63], ovvero di rimuoverla egli stesso[64]. La frammentazione e la sovrapposizione delle soluzioni giurisprudenziali, in particolare secondo il tipo di bene immobile locato, è stata criticata dalla dottrina come fonte d'incertezze, complicazioni e difficoltà di applicazione, solleci-

[57] *Cass. 3e civ., 27 janv. 1993, n. 91-11602.*

[58] *Cass. 3e civ., 13 mai 1986, JCP N, 1987, II, 54*; *Cass. 3e civ., 10 nov. 2004, n. 03-14592;* F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 842; *contra*, *Cass. 3e civ., 13 févr. 1970, n. 67-13752*; *Cass. 3e civ., 9 déc. 1980, JCP N, 1981, Pratique, 8027, p. 468; Cass. 3e civ., 5 mars 1985, JCP N, 1985, II, p. 229.*

[59] *Cass. 3e civ., 27 janv. 1993, n. 91-11602.*

[60] B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 9.

[61] *Cass. 3e civ., 17 avr. 1996, n. 94-13521*; il *décret* 2015-1903 del 30 dicembre 2015, di matrice europea, relativo al regime di autorizzazione delle piantagioni viticole ha dato luogo a un nuovo sistema di autorizzazioni preventive, generalmente incedibili, che subentra ai precedenti diritti di piantagione: è da vedersi come il nuovo regime si rifletterà sull'orientamento della giurisprudenza sul tema in analisi.

[62] *Cass. 3e civ., 24 mars 1999, n. 97-14303.*

[63] *Cass. 3e civ., 7 janv. 1998, n. 95-20785; Cass. 3e civ., 18 nov. 1998, n. 96-18438; Cass. 3e civ., 18 nov. 1998, n. 96-22102;* cfr. P. Pétel, *Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Parigi, 1999, pp. 805-806.

[64] *Cass. soc., 29 janv. 1954, Bull. civ. IV., n. 71; Cass. 3e civ., 24 mars 1999, n. 97-14303*; per un diverso, risalente, orientamento giurisprudenziale in tema di espianto delle piantagioni, v. *Cass. req., 8 mai 1877, D., 1877, I, 308.*

tando una sua armonizzazione nella direzione di un'accessione differita al momento del venir meno del rapporto[65].

Si segnala infine che, anche in un caso di costruzione sul suolo del nudo proprietario da parte di un usufruttuario invece che di un conduttore, la giurisprudenza francese ha ritenuto che l'accessione operi soltanto in via differita, al momento dell'estinzione dell'usufrutto[66]: la problematica era già dibattuta dalla dottrina tradizionale[67].

Nell'ordinamento giuridico italiano, come già osservato, un contratto di locazione (o comodato) non è considerato di per sé la fonte di un diritto di superficie[68]. Questo non vuol dire che necessariamente sia accolta la soluzione di un acquisto immediato della proprietà delle addizioni del conduttore da parte del locatore[69]. Le regole applicabili non si rinvengono nella disci-

[65] P. Hilt, *La date de l'effet de l'accession dans les baux immobiliers: plaidoyer pour l'accession différée,* in *JCP*, 2003, *Doctrine*, n. 183, p. 2184.

[66] *Cass. 3e civ., 19 sept. 2012, n. 11-15460*; è legittimo domandarsi se la soluzione sarebbe stata la stessa se il titolo da cui trova origine l'usufrutto avesse espressamente regolato la questione in senso difforme.

[67] V. *ex ceteris* Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 8, nota 7: "Lorsqu'un droit réel sur le fonds appartient au constructeur, le caractère immobilier de ce droit s'étend aux bâtiments par lui élevés, et il en jouit au même titre. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, pour les constructions faites par un usufruitier"; cfr. l'analisi critica delle diverse posizioni svolta da G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil,* VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, pp. 26-28; recentemente, v. F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 498: "L'accession, qui est une extension de l'objet de la propriété, ne peut, pour cette raison, que profiter au propriétaire, à l'exception des fruits dont l'acquisition est liée à l'usage de la chose et constitue l'objet même de l'usufruit".

[68] G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1481; pare (ma la formulazione può lasciare spazio a incertezze, se di diritto di superficie attribuito al conduttore nel quadro di una locazione ovvero di riqualificazione in superficie del contratto di locazione si tratti) deporre in senso opposto, attraverso un'interpretazione della disciplina del Codice del 1942 in continuità con quella del Codice del 1865, *App. Roma, sez. III, 12 luglio 1966, n. 1487, Temi romana, 1967, 411*; nella dottrina, in questo senso e rifacendosi proprio a tale decisione, cfr. S. Sangiorgi, *Della superficie*, in *Comm. Cendon*, vol. III, Torino, 1991, p. 268.

[69] Per un acquisto immediato, v. G. Gorla, *L'accessione nel diritto civile italiano (contributo alla dottrina dei modi d'acquisto della proprietà)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1931, p. 128; F. De Martino, *Della proprietà*, in *Libro terzo, della proprietà, art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp.

plina generale dell'accessione, bensì all'interno di quella della locazione e, in particolare, all'articolo 1593:

> [i]l conduttore che ha eseguito le addizioni sulla cosa locata ha diritto di toglierle alla fine della locazione qualora ciò possa avvenire senza nocumento della cosa, salvo che il proprietario preferisca ritenere le addizioni stesse. In tal caso questi deve pagare al conduttore un'indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa e il valore delle addizioni al tempo della riconsegna. Se le addizioni non sono separabili senza nocumento della cosa e ne costituiscono un miglioramento, si osservano le norme dell'articolo precedente[70].

Proprio tale diversa collocazione e autonoma disciplina, laddove la regola in tema di accessione immobiliare di cui all'articolo 936 si applica per le opere fatte da un terzo e non dalla controparte contrattuale, ha permesso a un'autorevole dottrina di affermare la proprietà del conduttore sulle addizioni sin dal momento in cui le esegue, svincolando però le stesse, in alcune ricostruzioni, dalla nozione di accessione[71] e, in ogni

414-415; M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 79 ss.; *App. Milano, 11 gennaio 1957, Il foro it., 1957, I, 456*; per una posizione intermedia, R. Miccio, *La locazione*, Torino, 1980, pp. 220-222.

[70] Ovvero, l'articolo 1592, riferito ai miglioramenti: "Salvo disposizioni particolari della legge o degli usi, il conduttore non ha diritto a indennità per i miglioramenti apportati alla cosa locata. Se però vi è stato il consenso del locatore, questi è tenuto a pagare un'indennità corrispondente alla minor somma tra l'importo della spesa e il valore del risultato utile al tempo della riconsegna.

Anche nel caso in cui il conduttore non ha diritto a indennità, il valore dei miglioramenti può compensare i deterioramenti che si sono verificati senza colpa grave del conduttore".

[71] A. Tabet, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1972, p. 583: "Il conduttore è, dunque, proprietario sin dall'origine dell'addizione separabile senza nocumento e quando esercita lo *ius tollendi* non acquista la cosa, ma la asporta semplicemente, il che rappresenta l'esercizio di una facoltà nell'ambito del suo diritto e non titolo di acquisto della proprietà.

Viceversa, è il locatore che acquista a titolo derivativo la proprietà dell'addizione esercitando la facoltà di scelta, tanto è vero che deve corrispondere un'indennità al conduttore, mentre questi, se non vede paralizzato il suo diritto dal potere di scelta che la legge attribuisce al locatore, nulla deve a quest'ultimo"; M. Dogliotti, A. Figone, *La locazione: disciplina generale – Le locazioni abitative*, Milano, 1993, p. 125: "La natura stessa delle addizioni suggerisce una disciplina diversa rispetto ai miglioramenti. Non si può parlare, in tal senso, di accessione, unione o commistione che attiene al rapporto tra diversi proprietari, mentre, nella specie, vi è un diverso rapporto obbligatorio tra due soggetti (Cass., 19 giugno 1971, n. 1891)"; *Cass. civ.,*

caso, evitando di ricorrere alla figura del diritto di superficie[72]. Si evidenzia ancora una volta come la collocazione sistematica della superficie voluta dai codificatori del 1942 le abbia levato in Italia la prerogativa di figura residuale atta ad assorbire un'ampia congerie d'ipotesi di dissociazione giuridica dell'immobile, ritenendo nel proprio ambito solo quelle compatibili con il regime codicistico e con il relativo sistema dei diritti reali. Potrebbe osservarsi che la questione è essenzialmente terminologica, di definizione teorica del diritto di superficie nell'ordinamento italiano, laddove nella situazione di cui al nostro articolo 1593 una dissociazione giuridica dei titoli di proprietà sull'immobile, comunque denominata, in ogni caso sussiste; ma, come spesso accade, la problematica, dal linguaggio, investe la sostanza. La radicata predisposizione della cultura giuridica francese a un diritto di superficie dalla vocazione espansiva ha incoraggiato gli operatori del diritto a farvi ricorso per un ampio spettro di esigenze, in parte via via recepite dal legislatore con diverse figure specificamente orientate. Invece, la proprietà del conduttore in Italia – comunque non pacifica e priva di un quadro normativo sicuro promanante, se non dal legislatore, almeno da una continuità nella tradizione – sulle addizioni che ha realizzato mostra, senza l'appiglio concettuale del diritto di superficie, fondamenta troppo fragili e insicure, almeno secondo l'opinione di chi scrive, per edificarvi sopra un sistema espansivo, allettante per gli utenti, di locazioni attributive al condut-

sez. II, 25 gennaio 1968, n. 233, MFI, 1968, 56; altri autori riconducono invece concettualmente la nozione di addizione inseparabile a quella di accessione: cfr. G. Provera, *Locazione: disposizioni generali, art. 1571-1606*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1980, p. 332.

72 Alla conclusione di escludere la costituzione di un diritto di superficie giunge anche G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1482, pur lasciando aperta la questione della proprietà delle costruzioni del conduttore nel corso del contratto, alla cui soluzione non ritiene idoneo né l'art. 936, né il 1593 (in quanto riguardante la fase, successiva, della riconsegna della cosa locata); A. Guarneri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, p. 6, ritiene che l'articolo 1593 deroghi all'operatività del principio dell'accessione senza in alcun modo dare luogo a un diritto di superficie. Ma si riscontra l'accenno a una proprietà superficiaria del conduttore sulle addizioni separabili in A. Carrozza, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, vol. I, Milano, 1965, pp. 306-307.

tore di una proprietà sulle costruzioni certa, idonea alla circolazione giuridica e conoscibile ai terzi.

La giurisprudenza[73] ha affermato che anche le costruzioni dell'usufruttuario, regolate in quanto addizioni dall'articolo 986 del Codice civile[74], diventano immediatamente del nudo proprietario per accessione, siano esse separabili o inseparabili; in dottrina si hanno invece posizioni più variegate sul tema[75] e qualche voce contemporanea – nel solco della ricostruzione di autori tradizionali, formatisi nel quadro più fluido del diritto di superficie in Italia prima del Codice del 1942[76] – nell'aprire, quantomeno in alcune ipotesi, a un'accessione differita evoca, sia pure timidamente e sullo sfondo, per la situazione nel frattempo instauratasi, l'istituto del diritto di superficie[77]. Queste caute aperture, che si vedranno anche in tema di enfiteusi, possono testimoniare come, malgrado l'indubbia volontà del Codice di rinchiudere la superficie in uno spazio ben definito e imbrigliarne

[73] *Cass. civ., sez. II, 23 aprile 1958, n. 1351, Il foro it., 1958, I, 1125.*

[74] "L'usufruttuario può eseguire addizioni che non alterino la destinazione economica della cosa.

Egli ha diritto di toglierle alla fine dell'usufrutto, qualora ciò possa farsi senza nocumento della cosa, salvo che il proprietario preferisca ritenere le addizioni stesse. In questo caso deve essere corrisposta all'usufruttuario una indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa e il valore delle addizioni al tempo della riconsegna.

Se le addizioni non possono separarsi senza nocumento della cosa e costituiscono miglioramento di essa, si applicano le disposizioni relative ai miglioramenti".

[75] Nel dibattito, v., conformi alla giurisprudenza, A. Palermo, *Usufrutto – Uso – Abitazione*, Torino, 1966, p. 490; A. de Cupis, *Usufrutto (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1114; A. Guarneri, D. Tessera, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, artt. 978-1026*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile commentato*, Milano, 2017, pp. 398-401, individuando peraltro nella questione un discrimine di ordine generale tra una concezione più frammentata o illuministicamente più compatta della proprietà; escludendo un operare immediato dell'accessione, D. Barbero, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, pp. 541 ss.; M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 79-86; distinguendo invece addizioni separabili e inseparabili, A. Carrozza, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, vol. I, Milano, 1965, pp. 304-309; F. De Martino, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in R. Trifone, F. De Martino, *Libro terzo: della proprietà, art. 957-1026*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1978, pp. 214-216.

[76] L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 32; nell'opera dell'Autore precedente al Codice del 1942, v. L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, pp. 60-64.

[77] A. Carrozza, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, vol. I, Milano, 1965, pp. 304-309; A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 261 ss.

la vocazione espansiva, quest'ultima, radicata nella tradizione di *ius commune*, resti in qualche modo latente e affiori di quando in quando, forse anche senza una piena coscienza, candidandosi a poter costituire la base di un percorso volto in prospettiva, *de iure condito* o *de iure condendo*, a una nuova esaltazione delle potenzialità del diritto di superficie anche in Italia.

B. *Contratti di cessione di superficie a titolo principale*

Un diritto di superficie in Francia può essere costituito da una convenzione anche diversa da una locazione ordinaria o anomala: il diritto reale può infatti pure essere oggetto di vendita[78] o di altri contratti implicanti la cessione dello stesso[79], siano essi a titolo oneroso, come la permuta, o a titolo gratuito[80], anche di vera e propria liberalità[81], la sua costituzione (o successiva sub-cessione) rappresentando allora la prestazione principale di una delle parti del contratto. Un'importante occasione di costituzione di un diritto di superficie in Francia può essere una convenzione volta alla regolarizzazione di uno sconfinamento, onde evitare il severo intervento dei giudici che obbligherebbe anche il proprietario che sia sconfinato involontariamente e di scarsa misura alla demolizione[82]. Si è osservato come il diritto possa nascere anche da un contratto di divisione[83], in cui uno dei condividenti tenga per sé il suolo e l'altro determinati

[78] *Cass. 3e civ.*, *15 nov. 1977, n. 76-11365*.

[79] In tema di pubblicità fondiaria dell'atto, a fini di opponibilità ai terzi, v. *décret* n. 55-22 del 4 gennaio 1955, art. 28, 1°, a.

[80] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 442.

[81] J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 551; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. 1, III ed., Parigi, 1859, pp. 102-103 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 497-498; *Cass. req., 27 févr. 1905, DP, 1908, I, 333*; *Cass. 3e civ.*, *6 mars 1991, n. 89-17786*.

[82] S. Laporte-Leconte, *Le droit de superficie (fasc. 251-30)*, in *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, 2016, n. 40.

[83] J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 551; *Cass. Req., 5 nov. 1866, DP, 1867, 1, 32*; cfr. *Cass. 3e civ., 23 mai 2012, n. 11-13202*.

elementi oppure l'integralità del soprassuolo o del sottosuolo. Si dà luogo a un diritto di superficie tanto nel caso in cui il proprietario del suolo alieni un'opera (o piantagione) gravante su di esso o interrata sotto di esso mantenendo per sé il dominio del suolo, quanto nel caso in cui alieni il suolo riservandosi la proprietà di opere nel sottosuolo o soprassuolo[84], quanto nel caso in cui alieni a un soggetto la proprietà del suolo e a un altro soggetto quella del soprassuolo o sottosuolo[85]; e ancora, qualora il proprietario venda il diritto reale di costruire sopra o sotto il proprio suolo e di diventare proprietario dell'opera realizzata, ovvero quando alieni il suolo riservandosi tale diritto reale, ovvero quando alieni ad acquirenti distinti il suolo e il suddetto diritto reale. Le ipotesi di alienazione del solo diritto di costruire opere o di piantare piante ancora non esistenti presentano caratteri problematici per la dottrina francese tradizionale, che dà del diritto di superficie una lettura monistica: fino alla realizzazione della costruzione, il diritto di superficie dovrebbe allora a rigore essere concepito come un diritto meramente personale[86] – con tutte le conseguenze che possono derivarne, soprattutto in materia di non ipotecabilità e di concorso con gli altri creditori dell'alienante in caso d'insolvenza – ovvero, per affermarne una natura reale, dovrà presupporsi una generalizzazione della concezione dematerializzata della superficie che ha dato luogo alla pratica della divisione in volumi appropriabili degli insiemi immobiliari complessi, rileggendo l'istituto in tutte le sue applicazioni come uno strumento di scomposizione dello spazio tridimensionale in volumi, indifferentemente costruiti o ancora pieni soltanto d'aria o di terra, oggetto in ogni caso, autonomamente dal suolo, di prerogative dominicali esclusive. La dottrina dualista si adatta invece più plasticamente alle situazioni in cui sia ceduto il mero diritto di costruire o di piantare, riconoscendo senza difficoltà l'autonoma natura reale dello

[84] *Cass. 3e civ., 15 nov. 1977, n. 76-11054.*

[85] *Cass. civ., 14 nov. 1888, D., 1889, I, 469.*

[86] P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, pp. 48 ss.; inoltre (pp. 53 ss.), secondo tale impostazione, il contratto stesso di cessione di superficie dovrà pure prevedere la costituzione di una servitù di utilizzo del suolo e delle altre servitù necessarie all'esercizio della proprietà sulla costruzione.

stesso sin dal suo sorgere, senza la necessità che esso si traduca preventivamente in un'opera tangibile.

Se nel quadro di un contratto di locazione il diritto di superficie conferito contrattualmente è perlopiù temporaneo, la vendita di un diritto di superficie o di una proprietà superficiaria ben si attaglia invece pure a una scissione spaziale del dominio virtualmente perenne, tale da consentire a tempo indeterminato la circolazione separata del suolo rispetto ai corrispondenti sottosuolo e soprassuolo[87]. In tal senso, il fenomeno attualmente più diffuso in Francia è senz'altro quello della cessione di volumi di spazio oggetto di diritti di proprietà privativi in seguito alla stesura e pubblicazione di uno stato descrittivo di divisione[88]: tale manifestazione, che concettualmente tende sempre più ad autonomizzarsi dalla nozione di diritto di superficie per andare a caratterizzare l'oggetto stesso della proprietà immobiliare, sarà approfondita nella seconda parte di questo lavoro. Di minore impatto sociale e di più rara diffusione, naturalmente si riscontrano tuttora applicazioni più "classiche" del diritto di superficie, quale può essere la vendita a titolo principale di un edificio o del diritto di realizzare lo stesso sul proprio suolo, di cui si mantiene il pieno dominio; il quasi totale svuotamento delle utilità di tale terreno, a meno che non si nutrano ragionevoli aspettative di sfruttarne economicamente il sottosuolo, rende tuttavia una simile alienazione non frequente in perpetuo in quanto di scarso interesse economico per chi la concede. L'utilità del suolo risulta invece assai meno intaccata dalla cessione separata del mero sottosuolo, quando il suo autonomo utilizzo interessi in qualche modo all'acquisto qualche soggetto pubblico o privato. Sono oggi ben più rari che in passato, ma ancora presenti in alcune zone rurali del Paese, diritti di superficie costituiti a titolo principale nel quadro di contratti tipizzati negli usi locali.

[87] P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, p. 52; osserva però E.E. Frank, *Le droit de superficie*, in *Administrer*, 1989, n. 201, p. 5: "Comme pour tout droit perpétuel, l'intérêt économique rendrait souhaitable que le droit de superficie puisse prendre fin lorsqu'il a été accordé par renonciation à l'accession, en dehors de tout contrat de bail".

[88] *Cass. 1re civ., 23 janv. 2008, n. 07-10457.*

Merita un cenno quell'impostazione, diffusa nella dottrina e nella giurisprudenza belghe, che distingue tra le situazioni in cui il diritto conferito consiste in un diritto di superficie a titolo principale – in Belgio sottoposto al regime giuridico della legge del 1824 (aggiornata nel 2014) – e quelle in cui si tratta invece di un diritto di superficie-conseguenza, costituito esplicitamente o implicitamente a titolo accessorio, al servizio di un diverso istituto giuridico, di un diritto costituito a titolo principale (enfiteusi, usufrutto, servitù, locazione o eventualmente concessione demaniale: naturalmente, a meno che dal titolo non si evidenzi la non rinunzia all'operare immediato dell'accessione da parte del proprietario del fondo, anche in presenza di un'autorizzazione alla costruzione[89]) idoneo a dar luogo all'occupazione del fondo, in virtù e per la durata del quale il beneficiario è altresì, sulla base del titolo o della legge, proprietario delle costruzioni, non operando l'accessione che in via differita[90]. La disciplina del diritto conferito, e in particolare le modalità di costituzione, la durata, i limiti e le regole sull'opponibilità ai terzi, in questi casi, non sono allora quelle della legge superficiaria, bensì variano di volta in volta secondo la natura e la regolamenta-

[89] V. A. Gosselin, L. Herve, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2007, n. 1, pp. 18-19: "Le droit de «*superficie-conséquence*» est susceptible de s'envisager dans le cadre de conventions d'occupation telles qu'un bail, un usufruit ou encore un bail emphytéotique, lorsque l'occupant a pris l'initiative, régulière ou non au regard de la nature de son droit, de construire ou d'aménager le bien, alors que tel n'était pas l'objet principal de la convention, et que les parties n'ont pas expressément envisagé le sort de ces constructions. Elle s'applique également, selon nous, si une clause du contrat d'occupation mentionne expressément que le bailleur ou le nu-propriétaire renonce à l'accession pour les constructions ou aménagements réalisés par le preneur ou l'usufruitier pendant la durée de son droit"; sul tema, v. già P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951, pp. 373-374.

[90] V. A. Gosselin, L. Herve, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2007, n. 1, p. 17: "Ce droit investit l'occupant-constructeur de toutes les prérogatives inhérentes au droit de propriété, non seulement les droits d'*usus* et de *fructus*, mais également le droit d'*abusus* : pendant la durée de son droit d'occupation, l'occupant peut céder ou hypothéquer les constructions qu'il a érigées ; il peut même les supprimer ou les modifier à son gré".

zione del diritto principale che vi ha dato luogo[91]. La proposta di riforma del diritto belga dei beni potrà essere un'occasione per trasporre nel diritto positivo la costruzione teorica ormai consolidata della superficie-conseguenza[92]. Il regime probatorio della doppia presunzione dell'articolo 553 del *Code civil* resta in Belgio impregiudicato, sia pure con una dottrina che testimonia un minor rigore dei colleghi francesi quanto ai mezzi di prova ammessi[93].

La costituzione di un diritto di superficie a titolo derivativo, sotto forma di conferimento del diritto reale di costruire sul (o sotto il[94]) suolo altrui acquistando la proprietà dell'opera oppure di alienazione della proprietà della costruzione già esistente separatamente da quella del terreno, può avvenire anche in Italia attraverso un contratto (vendita[95], donazione, divisione[96] e tutti gli altri contratti utilizzabili per trasferire la proprietà d'immobili[97]) tanto a titolo oneroso quanto a titolo

[91] P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, pp. 361-364; cfr. *Cass. 1re, 12 juin 2014, Pas., 2014, n. 422, 1483*; *App. Liège, 28 janvier 2015, n. F-20150128-10*; *App. Liège, 7e ch., 11 janvier 2017, Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2017, n. 20, p. 933*.

[92] V. art. 3.197 del progetto.

[93] Cfr. A. Gosselin, L. Herve, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2007, n. 1, p. 18: "il appartiendra à l'occupant de fournir la preuve, par toutes voies de droit, des éléments de fait propres à renverser ces deux présomptions, en établissant, d'une part, que la construction est le fait de l'occupant et non du propriétaire du fonds, et, d'autre part, que l'occupant a bien construit pour son propre compte".

[94] *Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 1956, n. 3414, MFI, 1956, 630*; o, ancora, per la contemporanea costituzione di due distinti diritti di superficie, l'uno sul sottosuolo e l'altro sul soprassuolo, v. M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 241-242.

[95] *Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 1956, n. 3414, MFI, 1956, 630*.

[96] *App. Torino, 29 novembre 1932, RFI, 1933, Superficie (diritto di), 2-3, 1468*.

[97] V. G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 142; L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 27; G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 476-477; cfr. art. 813 C.c.; diversamente, A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927, p. 198, identificava uno specifico "contratto superficiario", soggetto a trascrizione, "mediante il quale o per concessione *ad aedificandum*, o per alienazione della costruzione separatamente dal suolo, si costituisce un diritto di superficie ed una proprietà superficiaria". Inoltre,

gratuito, da parte del proprietario del fondo (o di tutti i suoi comproprietari: si veda l'articolo 1108 del Codice civile, comma terzo). La forma scritta è in ogni caso richiesta *ad substantiam*[98] (articolo 1350, numero 2) e il contratto, che avrà ordinariamente efficacia reale (articolo 1376), è soggetto a trascrizione a fini di opponibilità ai terzi (articolo 2643, numero 2), in particolare creditori e successivi acquirenti dallo stesso proprietario. Quanto ai contratti a titolo oneroso, il corrispettivo, nel quadro di un rapporto contrattuale che sarà quasi sempre di medio o di lungo periodo, potendo addirittura comportare il trasferimento perpetuo dell'utilità edificatoria del fondo, potrà tanto essere versato in un'unica soluzione, quanto consistere in un *solarium* periodico, senza per questo ricadere nella differente categoria della locazione. Tale *solarium*, secondo l'opinione dominante, qualora risultante dal titolo debitamente trascritto, sarà opponibile ai successivi acquirenti del diritto reale[99]: così

come osserva G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 585-586: "È concepibile anche che il diritto di costruire sia conferito in società, restando la proprietà del suolo al socio conferente".

[98] *Cass. civ., 15 giugno 1967, n. 1401, MFI, 1967, 397*; *Cass. civ., sez. II, 16 marzo 1984, n. 1811, MFI, 1984, 355*; *Cass. civ., sez. II, 2 aprile 1999, n. 3220*; ma in giurisprudenza e in dottrina si ammette, in caso di difetto di forma scritta, la conversione del contratto costitutivo di superficie, a efficacia reale, in un contratto di concessione *ad aedificandum* a effetti meramente obbligatori: G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1482-1483; A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 379 ss.; *Cass. civ., sez. I, 17 dicembre 1968, n. 4006, RFI, 1969, Registro, 234-235, 2292*; v. anche *Cass. civ., sez. I, 15 luglio 1959, n. 2318, MFI, 1959, 436*; *Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1392*; *Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7300*; critico su tale orientamento, G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 12-13.

[99] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 491-492; G. Musolino, *La costituzione del diritto di superficie*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, p. 285; è una posizione intermedia quella di G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1476, a detta del quale il canone annuo, pur non essendo un'obbligazione *propter rem* perché non tipicizzato come tale dal legislatore, graverà lo stesso sugli aventi causa a titolo derivativo come limite al diritto di superficie derivante dal titolo trascritto; secondo G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 132: "La trascrizione, pur causando una presunzione di conoscenza da parte dell'avente causa del diritto reale trascritto, non rende il medesimo successore anche in quei rapporti obbligatori. La presunzione di conoscenza può però giovare al fine di agevolare la prova che, in linea di fatto, è stata voluta la successione nei rapporti

i più hanno inteso risolvere una questione di particolare delicatezza, al confine tra aspetto reale e aspetto obbligatorio del rapporto, con una risposta consona all'intento di consentire il più ampio dispiegamento della figura superficiaria. Nello stesso senso, in conformità con la funzione dell'istituto, si è sostenuta, per gli acquirenti a titolo derivativo, con riferimento ai crediti risultanti dal titolo e a tutte le obbligazioni scaturenti dal titolo che concorrono a determinare i limiti del diritto (per esempio, definendo dimensioni e caratteristiche della costruzione) e i relativi poteri del titolare, un'inerenza al bene di tali obblighi, che li rende opponibili ai terzi purché vi sia idonea trascrizione[100]. Un diritto di superficie può pure costituirsi a titolo gratuito e, in particolare, per via di donazione[101], mentre il diritto già costituito può a sua volta essere oggetto di una successiva donazione anche qualora tra concedente e concessionario fosse stato convenuto un *solarium*[102]. Il proprietario del suolo può disporre

obbligatori, assieme a quella nel rapporto reale". *Contra*, L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 61-64; L. Barassi, *Diritti reali e possesso*, I: *I diritti reali*, Milano, 1952, pp. 105-109.

[100] M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 186, che proseguono: "Non viene meno la tipicità delle obbligazioni *propter rem* perché la legge lascia alle parti la facoltà di determinare il contenuto del diritto stabilendo diritti e obblighi"; cfr. R. Caterina, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2009, pp. 214-215: "Per questa via si ammette, dunque, la modificabilità, nell'esercizio dell'autonomia privata, degli schemi tipici previsti dalla legge, ferma restando l'impossibilità di alterare il contenuto essenziale e fondamentale di ciascuna situazione. Chi ammetta tale possibilità, deve tuttavia necessariamente porsi il problema della pubblicità dei patti modificativi […]. O dunque si ammette che le clausole modificative siano rese pubbliche, quanto meno attraverso una menzione nella nota di trascrizione; oppure non pare che esse siano opponibili ai terzi. In materia di superficie, sarà peraltro in alcuni casi possibile disciplinare i rapporti tra proprietario e superficiario attraverso la costituzione di vere e proprie servitù prediali a carico dell'edificio e a favore del suolo, e viceversa"; v. anche G. Gabrielli, *Diritto di superficie e pubblicità nei registri immobiliari e nei libri fondiari*, in *Vita notarile*, 2008, pp. 86 ss.

[101] *Cass. civ., sez. II, 19 marzo 1998, n. 2912*; *Cass. civ., sez. II, 2 giugno 1999, n. 5397*; *Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 2001, n. 2606*; ma le Sezioni Unite della Cassazione hanno escluso la possibilità di donare un immobile con riserva in favore del donante dell'usufrutto della colonna d'aria che lo sovrasta: *Cass. civ., ss.uu., 4 maggio 1989, n. 2084*.

[102] F. Tringali, *Le donazioni*, Torino, 2010, p. 210; C. Iacovino, V. Tavassi, T. Cassandro, coordinati da A. Cataudella, *La donazione*, Milano, 1996, p. 196; A. Torrente, *La donazione*, II ed. aggiornata a cura di U. Carnevali, A. Mora, in *Tratt.*

gratuitamente del proprio diritto nei confronti del superficiario, mentre il caso opposto rimane un'ipotesi di rinunzia abdicativa piuttosto che di donazione, l'effetto dell'acquisto dipendendo direttamente dall'elasticità del dominio quale configurato dal legislatore[103], fatto salvo il suo utilizzo come strumento per realizzare una donazione indiretta. Naturalmente, al pari del caso espressamente codificato della riserva di usufrutto (articolo 796 del Codice civile), attraverso un contratto a titolo oneroso o gratuito il proprietario di un fondo potrà anche alienarlo riservandosi un diritto di superficie sullo stesso, come diritto reale di costruire acquistando il dominio dell'opera realizzata o come proprietà della costruzione già esistente, ciò discendendo da un'interpretazione estensiva dell'articolo 952 del Codice[104].

Sezione II. *Altre fonti*

A. *Atti*

Si sono analizzate nelle pagine precedenti modalità convenzionali attraverso cui una parte contrattuale può attribuire all'altra un diritto di superficie: è quello che avviene nell'ampia maggioranza dei casi. Anche un diverso atto negoziale, il testamento, può dar luogo a tale diritto reale. Nei modelli giuridici studiati, con significative differenze, vi possono poi essere anche differenti modalità di acquisto di esso: tale può essere il caso di un atto unilaterale di rinunzia all'accessione da parte del proprietario del suolo, nonché di un comportamento di fatto, tale da soddisfare i requisiti di utilità ai fini dell'usucapione, che corrisponde all'esercizio del diritto in discorso. Un diritto di superficie può scaturire anche dalla legge, dagli atti normativi a

civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milano, 2006, pp. 285-286.

103 A. Torrente, *La donazione*, II ed. aggiornata a cura di U. Carnevali, A. Mora, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2006, pp. 257-258.

104 *Cass. civ., sez. II, 3 dicembre 1964, n. 2851, Giustizia civile, 1965, I, 488*; *ex ceteris*, L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 12; la riserva di proprietà superficiaria dovrà naturalmente essere trascritta per essere opponibile ai terzi: *Cass. civ., sez. II, 14 novembre 1997, n. 11250*.

essa parificati e dagli atti amministrativi. Gli usi locali possono infine, storicamente e talvolta anche nel diritto di oggi, dar luogo ad assetti giuridici attributivi di un diritto di superficie. Si analizzeranno brevemente tutte queste ipotesi, distinguendo le stesse in atti e altri fatti giuridicamente rilevanti. Per cominciare dai primi, si riscontrano atti normativi e amministrativi, quindi emanati da pubbliche autorità, e atti di diritto privato, in particolare il testamento e l'atto unilaterale.

a. *La legge e gli atti amministrativi*

La legge o altri atti normativi di pari valore o, nei limiti in cui ammesso dall'ordinamento, atti amministrativi possono costituire direttamente in determinate situazioni dei diritti di superficie, per rispondere a esigenze d'interesse generale. Tale è in Francia il caso delle miniere[105], che non possono essere sfruttate se non dallo Stato, titolare dei diritti dominicali sui giacimenti, o in virtù di una concessione[106]. Le concessioni minerarie istituiscono, anche quando a profitto del medesimo proprietario del suolo, un diritto immobiliare distinto dalla proprietà del terreno e non suscettibile d'ipoteca (nuovo *Code minier*, art. L132-8):

[105] Nella dottrina italiana, con riferimento a tali situazioni di dissociazione giuridica dell'immobile, si è invece tecnicamente esclusa la qualificazione superficiaria della proprietà esercitata dallo Stato sui beni dissociati dal suolo: secondo G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 511, le leggi su miniere, cave, torbiere, antichità, belle arti, acque, ecc. "attribuiscono singole cose esistenti nel sottosuolo o intere parti di essi allo Stato (come beni demaniali o patrimoniali), sottraendole al proprietario del suolo. Ma ciò dipende dal fatto che quelle parti del sottosuolo non possono essere oggetto di proprietà privata e sfuggono quindi al principio dell'accessione. Non vi può essere dunque una loro alienazione da parte del proprietario del suolo (a cui non sono mai appartenute), né la proprietà dello Stato su di esse può in nessun modo considerarsi una proprietà superficiaria. Notiamo ancora come le concessioni che di questi beni faccia lo Stato (essenzialmente concessioni minerarie) non attribuiscano al concessionario la proprietà né del sottosuolo né delle opere in esso fatte […], sicché non pongono in essere nemmeno esse una proprietà superficiaria. Una proprietà di questo genere nel sottosuolo demaniale sorge invece in seguito alle concessioni previste dall'art. 6 del t. u. 8 dicembre 1933, n. 1740 sulle strade (esempio più frequente: serbatoi di combustibili liquidi e relativi distributori)".

[106] Il cui regime deroga alle regole generali del *Code civil* sin dall'epoca napoleonica.

proprio la preminenza di un interesse generale giustifica le particolarità di tale diritto. Il beneficiario della concessione è tenuto al pagamento di una rimunerazione ai proprietari dei suoli sovrastanti, fissata dall'atto di concessione, che stabilisce anche le condizioni dello sfruttamento, l'estensione e la durata della concessione. Le miniere non sono tuttavia il solo caso di diritto di superficie avente origine direttamente dalla legge: l'articolo L541-1 del *Code du patrimoine*, concernente i beni immobili di rilievo archeologico, deroga espressamente all'articolo 552 del *Code civil*, attribuendone la proprietà superficiaria allo Stato, tenuto al pagamento di un'indennità per compensare il danno occasionato dalle necessità di accesso al bene[107]; tutto questo, però, limitatamente ai beni rinvenuti su terreni la cui proprietà sia stata acquisita dopo la pubblicazione della legge del 17 gennaio 2001 concernente l'archeologia[108]. Ancora, può segnalarsi l'ulteriore esempio delle "servitù" (così denominate, ma assai vicine nella sostanza a un diritto di superficie, o, meglio, alla sua evoluzione volumetrica, in quanto meccanismo di vera e propria espropriazione di volumi di spazio) introdotte nel codice dei trasporti in tema di occupazione di volumi di sottosuolo necessari alla realizzazione, allo sfruttamento e a interventi di sistemazione e manutenzione d'infrastrutture sotterranee di trasporto (*Code des transports*, art. L2113-1), nonché per il libero sorvolo, passaggio e impianto di dispositivi di sicurezza di modesta entità di sistemi urbani di trasporto via cavo

[107] *Code du patrimoine*, art. L541-1: "Les dispositions de l'article 552 du code civil relatives aux droits du propriétaire du sol ne sont pas applicables aux biens archéologiques immobiliers mis au jour à la suite d'opérations archéologiques ou de découvertes fortuites réalisées sur des terrains dont la propriété a été acquise après la publication de la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive. Ces biens archéologiques immobiliers appartiennent à l'Etat dès leur mise au jour à la suite d'opérations archéologiques ou en cas de découverte fortuite.

L'Etat verse au propriétaire du fonds où est situé le bien une indemnité destinée à compenser le dommage qui peut lui être occasionné pour accéder audit bien. A défaut d'accord amiable sur le montant de l'indemnité, celle-ci est fixée par le juge judiciaire".

[108] Sulle problematiche di legittimità costituzionale e convenzionale (in rapporto alla CEDU) del testo originario, che non distingueva i terreni acquisiti prima e dopo la pubblicazione della legge, v. T. Revet, *Propriété du dessous*, in *RTD civ.*, 2002, pp. 540 ss.; *Cons. const., 16 janv. 2001, n. 2000-439 DC; CE, 24 avr. 2012, n. 346952*.

(art. L1251-3). Infine, in generale provvedimenti amministrativi di espropriazione limitati al sottosuolo, al soprassuolo o a loro porzioni sono ai fini del diritto civile costitutivi di diritti di superficie, eventualmente (soprattutto nel quadro della realizzazione di opere di proporzioni significative) configurati come una scissione dello spazio in volumi oggetto di diritti di proprietà esclusivi, con le procedure di cui si parlerà. Atti rilevanti per il diritto amministrativo possono anche, d'altra parte, dar luogo a diritti di superficie su suoli pubblici in favore di altri soggetti privati o pubblici. Prima controverse in giurisprudenza, tali ipotesi sono state ormai positivizzate dal legislatore francese in una serie di figure negoziali che si pongono sul crinale tra diritto pubblico e privato, a partire dalla locazione enfiteutica amministrativa: se ne parlerà nella parte del testo dedicata al diritto di superficie in rapporto all'interesse generale.

Quanto all'ordinamento italiano, nella misura in cui si accolga la loro assimilazione più o meno stretta all'istituto superficiario di diritto civile – il che si vedrà essere non del tutto pacifico nelle ricostruzioni sistematiche della dottrina, in generale abituata a una nozione meno espansiva della figura in questione – non mancano ipotesi di attribuzione a terzi titolari di concessioni sul demanio pubblico di prerogative di una certa solidità su costruzioni realizzate su tali suoli, i cui titoli di occupazione a fini edificatori sono appunto riconducibili ad atti amministrativi concessori, dando luogo a fattispecie ibride di diritto pubblico e privato. Di converso, situazioni giuridiche dalla configurazione assimilabile alla proprietà superficiaria, sia pure variamente conformate dalle istanze pubblicistiche in gioco, possono riscontrarsi, in conformità alle normative speciali che regolano i settori interessati, in favore del gestore del servizio, nella disciplina giuridica di numerosi ambiti come impianti elettrici, ferroviari, tranviari e di filovie, nonché di concessioni relative al demanio marittimo, aeronautico e stradale, alle acque pubbliche e ai cimiteri: ciò con riferimento a opere, che insistono sul suolo, di altri soggetti pubblici[109] e di

[109] G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 103-104; G. Giacobbe, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano,

soggetti privati (si pensi a ipotesi come teleferiche, elettrodotti coattivi e ferrovie private)[110]. Sono stati interpretati come diritti di proprietà superficiaria di origine legale, strumentali e accessori, anche quelli del proprietario del fondo dominante sulle opere nel fondo servente necessarie per conservare la servitù, di cui all'articolo 1069 del Codice civile[111], nonché, più problematicamente, la situazione di una costruzione realizzata da uno o entrambi i coniugi in regime di comunione legale sul suolo di proprietà esclusiva di uno di essi[112].

b. *Il testamento*

Il testamento è un atto negoziale idoneo a dar luogo a un diritto di superficie, come evidenziava una risalente dottrina francese[113]; l'attuale regime frammentario della superficie d'ol-

2003, pp. 119-125; G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 580-585; *contra*, L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 36, evocando il diverso funzionare dei principi di diritto pubblico rispetto agli archetipi delle figure privatistiche; M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 98 ss.

110 Dubbioso sull'inquadramento di tali ipotesi, ma in ogni caso prospettando una proprietà superficiaria a corredo della servitù attribuita al concessionario, ritenendo irrazionale l'attribuzione formale di cose in proprietà a soggetti comunque non legittimati a usarne, con rischio di situazioni conflittuali, M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 102-103; *Cass. civ., sez. I, 29 gennaio 1970, MFI, 1970, 69*.

111 V., *ex ceteris*, M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 95 ss.

112 M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 134-148; cfr. art. 177 C.c.; ma la giurisprudenza ha mostrato ostilità a questa interpretazione: v., *ex ceteris*, *Cass. civ., ss.uu, 27 gennaio 1996, n. 651*; *Cass. civ., sez. I, 26 agosto 2004, n. 17006*; *Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2010, n. 20508*. Recentemente, contraddicendo un precedente orientamento, la Suprema Corte ha inoltre ritenuto di applicare una simile *ratio*, di compressione d'ipotesi di superficie legale rinvenibili nelle pieghe del dettato codicistico, anche al caso di costruzione sul suolo comune da parte di uno solo dei comproprietari, facendone discendere, in virtù dell'accessione, un acquisto dell'opera di tutti i comproprietari, escludendo che la disciplina sulla comunione implichi una deroga a tale principio: *Cass. civ., ss.uu., 16 febbraio 2018, n. 3873*.

113 J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 551; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, p. 500; Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit*

tralpe, come storicamente evolutasi, sembra scoraggiare la manualistica contemporanea dal porre la questione in maniera unitaria, affrontandola eventualmente in via differenziata secondo il titolo costitutivo della superficie e quindi la relativa fisionomia assunta dal diritto. Peraltro, in alcuni casi, come le più recenti locazioni reali, il legislatore stesso ha regolato alcune vicende di successione per causa di morte nel diritto di superficie al fine di preservare la finalità sociale d'interesse generale dell'operazione.

Gli autori italiani, in questo favoriti dalla lineare sistematica adottata dal Codice civile, con la sua collocazione della superficie tra i diritti reali, osservano la possibilità di costituire (o trasferire) con atto *mortis causa*, a titolo particolare, sotto forma di legato (o prelegato), il diritto reale di costruire o la proprietà superficiaria di una costruzione già edificata (eventualmente disponendo con altro legato della proprietà del suolo) oppure di disporre con un legato della proprietà del suolo, riservando la superficie al patrimonio ereditario[114].

c. *La rinunzia all'accessione*

Si osserva nella dottrina francese la possibilità che un diritto di superficie consegua alla rinunzia unilaterale all'accessione da parte del proprietario del suolo, a profitto di un terzo[115] ma al di fuori di una convenzione attributiva a quest'ultimo di un diritto

civil français d'après la méthode de Zachariae, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 625; G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, p. 241.

[114] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 477; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 165; A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 431.

[115] Cfr. E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, p. 287: "Le propriétaire donne, par exemple, à un tiers l'autorisation de bâtir sur son terrain en déclarant d'avance ne pas entendre faire valoir ses droits sur les constructions. Une semblable renonciation constitue pour le constructeur un droit de propriété sur les édifices qu'il élève, c'est-à-dire un droit de superficie".

di godimento del fondo a fini edificatori[116]. Tuttavia, la giurisprudenza evocata in proposito non sembra completamente pertinente, poiché in alcuni casi la soluzione adottata risulta fondarsi piuttosto sulla ricostruzione in via interpretativa di una clausola implicita nel quadro di un accordo più ampio che su una rinunzia prescindente da una cornice convenzionale[117]. Più attinente sembra invece la citazione della sentenza della *Cour de Cassation* del 7 novembre 1978[118], che riconosce proprietario dell'opera realizzata una persona che ha costruito col consenso della figlia – per proprio conto, sulla base di propri

[116] B. Grimonprez, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, 2013, p. 12; *contra*, C. Larroumet, *Droit civil,* t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 442, nota 1: "Il semble impossible de considérer que cette renonciation puisse être unilatérale de la part du propriétaire du sol. En effet, l'accession ne pourrait être écartée contre la volonté de celui qui, en raison du refus du propriétaire du sol, deviendrait propriétaire des constructions ou plantations. Son accord est nécessaire, car un droit ne peut naître à son profit contre sa volonté. S'il n'entend point acquérir un droit de superficie, il faut revenir au principe de l'article 553 du Code civil. En ce cas, l'abandon de son droit de propriété par le propriétaire du sol ne pourrait être que total, c'est-à-dire à la fois sur le sol et sur ce qui y est élevé. C'est en ce sens que l'accession est d'ordre public".

[117] Così in *Cass. 1re civ., 15 juin 1953, D., 1953, J., 612*: "Attendu que l'arrêt […] énonce, interprétant souverainement ladite convention, qu'en donnant à son frère E. l'autorisation de bâtir, A. a entendu renoncer à invoquer le bénéfice de l'accession"; *Cass. 1re civ., 5 oct. 1966, Bull. civ. I, n. 453*.

[118] *Cass. 3e civ.*, *7 nov. 1978, Bull. civ. III, n. 335*, peraltro in controtendenza con l'orientamento restrittivo in tema di prova del diritto di superficie. Cfr., nel diritto belga, sulla base del medesimo art. 553 del *Code civil*, *Cass. 26 déc. 2014, n. C.14.0121.N*: "Aux termes de l'article 553 du Code civil, toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé.

3. Le propriétaire foncier ne peut que renoncer totalement ou partiellement au droit d'accession. Le juge apprécie en fait s'il y a eu renonciation à un droit. La renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut se déduire que de faits qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation.

4. L'arrêt constate que les deux parties :

- ont demandé ensemble un permis en vue de la construction de l'habitation ;

- ont contracté ensemble un emprunt qui était remboursé par des moyens qui leur étaient communs ;

- ont commandé à leurs deux noms les achats et les travaux relatifs à la construction de «leur» habitation et les ont payés au moyen de leur compte commun en prélevant respectivement sur leur crédit ;

- ont bénéficié des avantages fiscaux du prêt-logement.

Les juges d'appel ont pu décider sur la base de ces éléments que la demanderesse a renoncé à son droit d'accession".

piani e in parte con le sue stesse mani, con un permesso di costruire a proprio nome e con finanziamenti ottenuti dai figli – su un terreno di proprietà della figlia, appositamente acquistato, avendo mantenuto il pieno godimento della costruzione dopo la conclusione dei lavori: la rinunzia all'accessione da parte della proprietaria del suolo, nell'assenza di uno specifico rapporto contrattuale, era ritenuta in ogni caso sussistente e provata sulla base di tale insieme di circostanze. In altri casi, invece, come si è visto, i giudici non attribuiscono alle circostanze di fatto, diverse dall'avvenuta prescrizione acquisitiva, un tale valore decisivo, ammettendo le sole prove contrarie risultanti dal titolo o dal fatto dell'usucapione[119]. Alle fonti fattuali di un diritto di superficie si dedicherà, in ogni caso, specifica attenzione nelle prossime pagine.

In Italia, malgrado una certa generale contrarietà della dottrina e della giurisprudenza all'idea di un'idoneità della volontà unilaterale del *dominus soli* a costituire un diritto di superficie[120], sembra concepibile, tenendo fermo il principio di tipicità delle promesse unilaterali, la possibilità che la promessa al pubblico (articolo 1989 del Codice civile) e la donazione obnuziale (articolo 785) possano dar luogo a un diritto di superficie[121]. Non si tratta in ogni caso d'ipotesi praticamente

[119] V. per es. *Cass. civ. 3e, 3 avr. 1996, n. 94-10764*.

[120] *Cass. civ., ss.uu., 16 febbraio 2018, n. 3873*; cfr. *Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 1985, n. 1536, RFI, 1985, Proprietà, 43, 2492*: "Il consenso dato al terzo dal proprietario del fondo di costruire su di questo non fa venire meno l'operatività dell'istituto dell'accessione (art. 934 c.c.) e, quindi, l'acquisto della costruzione da parte di detto proprietario, ma influisce unicamente sugli effetti secondari dell'istituto medesimo (es. sul diritto del proprietario del fondo di obbligare il terzo a rimuovere le opere a sue spese), con la conseguenza che tale consenso si distingue da quello inteso come manifestazione di volontà per la formazione del titolo (negozio unilaterale o contratto) fatto salvo dall'art. 936 c.c., in presenza del quale trova applicazione la diversa disciplina per il medesimo prevista dalla legge nel caso di costruzione di opere da parte del terzo sul suolo di proprietà altrui"; G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni,* Milano, 1998, pp. 87-88; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 162-163.

[121] In giurisprudenza, con riferimento a un diritto di usufrutto, v. *Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2007, n. 1967*.

frequenti e, al di fuori di esse, non sembra esservi spazio per l'attribuzione del diritto attraverso atti unilaterali[122].

B. *Fatti*

In conclusione della presente disamina, si analizzano le fonti del diritto di superficie non corrispondenti a un atto giuridico, bensì a un fatto giuridicamente rilevante. Alcune di queste ipotesi sono di particolare interesse teorico al fine di meglio comprendere la diversa prospettazione e i diversi confini del diritto di superficie in Italia e in Francia, pur evoluti da un ceppo comune.

a. *L'usucapione*

Un diritto di superficie può essere acquistato in Francia anche a titolo originario, attraverso prescrizione acquisitiva[123], purché gli atti di possesso si siano svolti sulle sole costruzioni, piantagioni o alberi, mentre il domino del suolo continuava a esercitare il possesso dello stesso[124]. In effetti, la possibilità è espressamente ammessa all'articolo 553 del *Code civil*, che, subito dopo aver affermato la presunzione, relativa, che costruzioni, opere e piantagioni sovrastanti un suolo sono state realizzate a spese del proprietario e appartengono allo stesso, fa specificamente salva la proprietà acquistata da un terzo per usucapione, sia essa di un sotterraneo o di qualsiasi altra parte della costruzione. Pertanto, nell'estrema difficoltà di mettere in atto un possesso *ad usucapionem* del mero diritto reale attributivo dell'utilità edificatoria, la casistica giurisprudenziale francese verte sull'usucapione di un diritto di proprietà superficiaria su porzioni

[122] V. M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 90-92.

[123] Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 625.

[124] E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, p. 293.

d'immobile[125] – più remoto, seppur concepibile, essendo il caso di un possesso *ad usucapionem* dell'intera costruzione che si caratterizzi come tale da escludere il possesso anche del suolo su cui l'opera grava – ovvero su alberi indipendentemente dal suolo su cui affondano le radici[126]. Naturalmente, perché possa servire a escludere le presunzioni poste dal *Code civil* in tema di accessione immobiliare, devono essere presenti tutti i requisiti perché il possesso sia utile ai fini dell'usucapione (possesso continuo e ininterrotto, pacifico, pubblico[127], non equivoco e a titolo di proprietario) e deve essere trascorsa la durata trentennale (10 anni in presenza di acquisto in buona fede e con giusto titolo[128]) richiesta dalla legge. La questione dell'usucapione in Francia si è posta prevalentemente nell'ottica tradizionale, dominata dalla teoria monista, per la sola costruzione già realizzata. L'impostazione dualista potrebbe astrattamente rendere attuale la problematica dell'usucapione del mero diritto di costruire anche al di là delle Alpi; ma, in effetti, nella configurazione corrente della proprietà in volumi – come si avrà occasione di approfondire – anche prima dell'effettiva edificazione si dispiega, a detta dei più, un diritto di piena proprietà su un volume virtuale, senza che un precedente diritto reale minore sul suolo altrui sia entrato in gioco: se un'usucapione è possibile, essa, sin dal primo momento, non potrà che portare su una situazione dominicale. Invece, laddove il diritto di superficie giochi una funzione ancillare rispetto a un altro diritto personale (o alla combinazione di un altro diritto reale e di un diritto personale: si veda il caso del *bail emphytéotique*), come avviene nelle locazioni superficiarie, la corposa e reciproca dimensione obbligatoria implicata

[125] *Cass. 1re civ., 18 déc. 1967, Bull. civ. I, n. 370*; *Cass. 3e civ., 11 déc. 1969, Bull. civ. III, n. 832*; *Cass. 3e civ., 13 févr. 1973, Bull. civ. III, n. 121*; *Cass. 3e civ., 26 mai 1992, n. 90-22145*; *Cass. 3e civ., 7 oct. 1998, n. 96-18748*; *Cass. 3e civ., 12 juill. 2000, n. 97-13107*.

[126] Nello specifico, piantati sul suolo pubblico a lato di vie di comunicazione: *Cass. civ., 18 mai 1858, DP, 1858, I, 218*; *Cass. req., 23 déc. 1861, DP, 1862, I, 129*; *Cass. req., 21 nov. 1877, DP, 1878, I, 301*; *Cass. civ., 8 nov. 1880, DP, 1881, 1, 28*.

[127] Per un caso di mancanza del requisito della pubblicità in tema di possesso *ad usucapionem* di una cantina situata sotto l'immobile vicino, v. *Cass. 1re civ., 9 févr. 1955, D., 1956, somm., 15*.

[128] *Cass. req., 27 févr. 1905, D., 1908, I, 333*; *Cass. 1re civ., 15 oct. 1956, Bull. civ. 1, n. 349*.

dal titolo costitutivo sembra prevalere sull'autonoma fisionomia del diritto reale di superficie, rendendo superflua la questione della prescrizione acquisitiva del diritto reale: altrimenti detto, la posizione di conduttore di un contratto di locazione, per quanto anomalo, per quanto pervaso anche della dimensione reale del diritto del locatario, non si potrà usucapire. Per la loro preponderante diffusione, la dottrina francese contemporanea si concentra su queste due configurazioni del diritto di superficie, prestando scarsa attenzione, anche in tema di usucapione, alle questioni di ricostruzione teorica di una figura concettualmente unitaria di diritto reale che si pongono al di fuori degli orizzonti specifici delle locazioni superficiarie e della proprietà in volumi.

Più articolato si presenta il dibattito italiano in materia di usucapione del diritto di superficie: già nei tentativi dottrinali di fissare l'istituto nel quadro del sistema del vecchio Codice civile[129] e tanto più quando esso ha assunto una forma ben definita con il Codice del 1942. Con riferimento alla costruzione già realizzata, si è osservata la difficoltà di usucapire la stessa con atti di possesso concernenti solo l'opera e non il suolo sottostante, fino a metterne in dubbio la concepibilità[130]; di converso,

[129] *Pro*: A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927, p. 192, tanto per l'usucapione ordinaria quanto abbreviata, tanto per la costruzione quanto per il diritto a edificare; *contra*, N. Coviello, *La superficie*, in *Archivio giuridico*, 1892, vol. 49, p. 156, possibilista però per la sola usucapione abbreviata decennale; L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, p. 291, con una costruzione teorica che può in molto ricordare la superficie-conseguenza dei giuristi belgi: "Se, nella concessione *ad aedificandum*, il *dominus soli* ha inteso […] concedere al terzo un *diritto reale sul suolo*, in cui è implicita od è stata esplicitamente riconosciuta la facoltà di costruire, il terzo potrà acquistare per usucapione decennale il diritto reale sul suolo, ma, solo per questo, non acquisterà *de jure* anche la proprietà sull'opera costruita. Questo acquisto avverrà solo in quanto l'acquisto della proprietà sulla costruzione sia una diretta conseguenza dell'acquisto del diritto, come avviene nel caso di concessione sul terreno di un diritto di usufrutto od enfiteusi, […] ma questa proprietà durerà solo per il tempo in cui dura il diritto"; cfr. *Cass. civ., sez. II, 28 dicembre 1949, n. 2670, MFI, 1949, 544*: "Vigente il codice civile del 1865 il diritto di superficie poteva essere acquistato per usucapione, che poteva essere accertata anche a mezzo di prova testimoniale ammissibile senza alcun limite di valore".

[130] Nella costruzione tripartita del Salis, successiva all'emanazione del nuovo Codice, v. *La superficie*, Torino, 1949, pp. 47-48: "Il diritto di superficie, inteso come diritto di edificare su suolo altrui una costruzione di cui il concessionario diventi

per quanto praticamente rari, possono darsi atti che esternino la riferibilità degli elementi oggettivo e soggettivo del possesso al solo soprassuolo[131] (o sottosuolo) o a una sua porzione[132]. La prescrizione decennale prevista *ex* articolo 1159 per acquisto in buona fede *a non domino*, in forza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà e debitamente trascritto, sembra potersi verificare con maggiore facilità[133]. Ancora più acute difficoltà pone la prescrizione acquisitiva del mero diritto reale di costruire, che non si sia ancora realizzato in una costruzione, in quanto esso

> non si manifesta con un possesso idoneo all'usucapione, poiché non si rivela con opere visibili e permanenti o, come dice l'art. 328, non si manife-

proprietario a titolo originario, non è suscettibile di essere acquistato per usucapione né decennale né ventennale […]. L'usucapione della proprietà *superficiaria* di una costruzione […] non è neppure ipotizzabile: se proprietà superficiaria è quella che sorge in modo *originario* per il fatto della costituzione del diritto di superficie e conseguente impedimento all'operare dell'accessione […], appare ben evidente come, non potendo il diritto di superficie acquistarsi per usucapione, non possa considerarsi possibile neutralizzare in tal modo gli effetti dell'accessione e quindi la costruzione accederebbe necessariamente al suolo e con questo formerebbe una cosa unica. È invece pienamente ammissibile l'acquisto per usucapione, decennale o ventennale, della *proprietà separata* […] di una costruzione"; M. Bessone, M. Di Paolo, *Superficie (dir. civ.)*, in *Enc. giur.,* XXX, Roma, 1993, p. 2, ammettono l'usucapione di una costruzione preesistente acquistata *a non domino*, ma non la prescrizione acquisitiva del mero diritto reale di costruire, né della proprietà superficiaria, perché senza la preventiva costituzione di un diritto di superficie opererebbe il principio dell'accessione.

131 Cfr. *Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 2016, n. 3396*.

132 Non convincono le argomentazioni di G. Musolino, *La costituzione del diritto di superficie*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, p. 291: "Non pare, poi, ammissibile un possesso limitato a una parte in senso verticale del fondo, come, ad esempio, un piano di un edificio appartenente a un solo proprietario, così come non lo è il possesso di una porzione orizzontale di un fondo, che pure, essendo in proprietà di un unico titolare, sotto questo aspetto si configuri come un unico bene (oggetto del possesso è la cosa che formerebbe oggetto del diritto corrispondente, non il bene che attualmente è in titolarità)": sembra un riaffiorare del dogma dell'unitarietà della proprietà persino al di là di quanto già pacificamente recepito, in ossequio a insopprimibili esigenze pratiche, nell'articolo 553 del "borghesissimo" *Code civil*: "sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment".

133 G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter, G. Dallari, *Codice civile: libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1941, p. 148; U. Grassi, *Il diritto di superficie come diritto «derogatorio»: questioni in tema di possesso*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 1149-1150.

sta in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto anzidetto. Le stesse ragioni che hanno indotto il legislatore ad escludere l'usucapione per le servitù non apparenti non possono non valere per il diritto di fabbricare sul suolo altrui[134].

Pertanto, anche di tale diritto si è comunque sostenuta l'usucapibilità[135], da alcuni limitata a mere ipotesi eccezionali[136]: per esempio, atti d'interruzione della prescrizione riferiti alla sola proprietà del suolo da parte del suo proprietario, accordi verbali con quest'ultimo (o con il proprietario apparente) pur difettanti della forma scritta necessaria per la cessione di un diritto reale immobiliare (articolo 1350, n. 2), situazioni di compresenza sul fondo delle attività del costruttore con quelle di un altro soggetto che diversamente sfrutti il suolo o il sottosuolo, magari

134 G. Pandolfelli, G. Scarpello, M. Stella Richter, G. Dallari, *Codice civile: libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1941, p. 148; v. G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 478, nota 2: "È irreale l'ipotesi, immaginata dal Balbi, che la costruzione sia stata bensì iniziata, ma non condotta a termine (*Diritto di superficie*, pag. 146). D'altra parte, è difficile ritenere possessore attuale del diritto di costruire chi abbia sospeso per lungo giro di anni qualsiasi attività di costruzione. Se egli giungerà nondimeno all'usucapione, ciò sarà, soltanto, grazie al possesso dell'edificio incompiuto separatamente dal suolo"; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965, pp. 560-561, p. 542; v. anche M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 153; U. Grassi, *Il diritto di superficie come diritto «derogatorio»: questioni in tema di possesso*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 1136 ss.

135 G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 145-146; G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 8-9, nota 17: "non sembra da escludere la possibilità che, ad opera di un soggetto diverso dal *dominus soli*, siano posti in essere comportamenti (esempio recinzione e chiusura permanente dell'area utilizzabile per costruire; installazione nella stessa di un cantiere per lavori), che, pur non essendo seguiti dalla realizzazione concreta ed effettiva dell'opera edilizia, pongano il soggetto stesso nella situazione di poter utilizzare, volendo, in via esclusiva il suolo"; R. Sacco, *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 509: "Anche in ordine alla superficie sorge il problema, se sia concepibile il corrispondente possesso. Si deve aderire alla soluzione positiva, adottando, anche per la superficie, lo schema del possesso (mediato) corrispondente a diritto nudo".

136 G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1480-1481, rimarcando in tali ipotesi l'acquisto anche del diritto a mantenere poi la costruzione realizzata, in particolare in caso di ricostruzione in seguito a demolizione o perimento; v. anche P. Gallo, *La superficie*, in P. Gallo, A Natucci (a cura di), *Beni, proprietà e diritti reali*, t. II, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2001, pp. 9-10.

in cambio di un canone[137]. La giurisprudenza ha affermato l'usucapibilità della costruzione già realizzata, con il diritto di mantenerla[138], ma non del diritto reale di costruire sul suolo altrui[139].

Si è appena visto come la situazione di fatto, quando utile ai fini dell'usucapione, possa essere un mezzo di acquisto del diritto. Una situazione di fatto può dar luogo, provvisoriamente, a un diritto di superficie anche in assenza del realizzarsi dei requi-

[137] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 478; prosegue l'Autore: "occorre rilevare che la costruzione viene usucapita come proprietà superficiaria, vale a dire insieme al diritto di mantenerla sul suolo altrui. Ora questo diritto, secondo quanto abbiamo cercato di dimostrare, è un aspetto del più ampio diritto di superficie, che comprende, come altro aspetto, il diritto di costruire. […] Il fatto che la costruzione sia già compiuta rende soltanto quiescente il diritto di costruire e non impedisce quindi […] che esso possa rivivere se l'edificio perisca in tutto o in parte e debba esser ricostruito. Considerazioni analoghe valgono per l'usucapione decennale. Anche con questa il diritto di costruire non si usucapisce allo stato puro, ma insieme con la proprietà della costruzione"; G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. 2, Torino, 2002, pp. 8-9, nota 17, che peraltro, facendo (parzialmente) propria la distinzione tra proprietà superficiaria e proprietà separata, per risolvere la questione di quale delle due tipologie di diritto sia usucapita fa dipendere la soluzione dal titolo, ove esistente, nel cui presupposto si inizia a possedere e, per esempio, "ove il conduttore abbia eseguito addizioni – soggette alla disciplina dell'art. 1593 – e, dopo l'estinzione del rapporto, continui a godere *uti dominus* delle stesse, l'usucapione riguarderà la proprietà di quanto attualmente esistente, esclusa la facoltà di sostituzione e ricostruzione delle addizioni deteriorate o distrutte"; G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 146; ammettendo l'usucapione abbreviata anche del diritto di costruire, con trasformazione automatica nel possesso a titolo di proprietà superficiaria sulle cose costruite, v. B. Dusi, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, VII ed., Torino, 1985, pp. 641-642, nota 8; G. Musolino, *La costituzione del diritto di superficie*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 291-292.

[138] *Cass. civ., sez. II, 6 giugno 1985, n. 3362, RFI, 1985, usucapione, 7, 3215*; ma non nel più risalente orientamento di *Cass. civ., sez. II, 9 febbraio 1955, n. 370, FI, 1955, I, 473*: "per effetto del principio dell'accessione già accennato, suolo e costruzione costituiscono, fisicamente e giuridicamente, un'entità unica sulla quale non appare concepibile una disintegrazione sia quanto all'esercizio del potere di fatto sulla cosa, sia quanto all'acquisto di diritti distinti investenti l'uno il suolo, l'altro la costruzione".

[139] *Cass. civ., sez. II, 23 luglio 1983, n. 5086, MFI, 1983, 1046*: "Il diritto di fare una costruzione su suolo altrui, ai sensi dell'art. 952 c.c., non è suscettibile di possesso, configurabile soltanto in relazione alla proprietà superficiaria, e cioè al diritto (ex art. 952 cit.) di «mantenere» una costruzione già realizzata nell'esercizio del suindicato diritto di costruire"; *Cass. civ., sez. II, 23 luglio 1983, n. 6441, MFI, 1983, 1308*.

siti della prescrizione acquisitiva? La risposta negativa appare in Francia meno netta che in Italia, malgrado l'orientamento restrittivo della giurisprudenza in tema di prova del diritto, a cui si è fatto cenno. Si tratta, nell'insieme, di situazioni variegate in cui, nell'assenza di un titolo convenzionale, la figura del diritto di superficie appare evocata in virtù della sua funzione di chiusura del sistema francese dei diritti reali; ma pare opportuno resistere alla tentazione di una sua invocazione poco meditata, in presenza di assetti dall'incerta consistenza. Si è già fatto riferimento alle problematiche dell'articolo 555 del *Code civil* in presenza di un rapporto di locazione, ma il tema della proprietà temporanea (finché il proprietario del suolo non reagisca all'intrusione, purché nel frattempo non sia intercorsa l'usucapione o il proprietario del terreno non abbia convenuto col costruttore la vendita a quest'ultimo della superficie) delle costruzioni del terzo che, in buona o in mala fede, abbia costruito sul suolo altrui, si pone anche nell'ipotesi più generale in cui non sussista una relazione contrattuale. Nella dottrina francese il dibattito si è sviluppato ampiamente, con posizioni favorevoli tanto all'accessione immediata e automatica[140], quanto differita[141], con una

[140] Limitandosi, qui e nella nota successiva, a citare qualche trattazione e sentenza francese del XX secolo, v. G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil,* VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, pp. 37-38; G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Parigi, 1969, pp. 275 ss.; J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de propriété*, thèse Toulouse, 1976, pp. 145 ss., in part. p. 146: "l'article 555 n'apporte pas de modification au principe d'accession immédiate, mais précise, pour ces ouvrages, deux modalités particulières: la détermination du mode d'indemnisation et l'octroi au propriétaire du fonds d'une faculté de démolition"; *Cass. req., 27 févr. 1905, D., 1908, I, 333.*

[141] V. H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Parigi, 1957, p. 222: "Le maître du sol reste libre de demander la construction au moment de son choix ; comme en matière de mitoyenneté, son acquisition date du jour où il manifeste sa volonté"; sembra militare in tal senso, ma con la particolarità d'inserirsi in una situazione d'indivisione in cui il costruttore è uno dei proprietari indivisi, *Cass. 3e civ., 9 mars 1994, n. 92-12971*: "les constructions élevées sur un immeuble indivis par l'un des propriétaires deviennent propriété commune des coïndivisaires si leur démolition n'est pas demandée". Per un tentativo di posizione di compromesso, cfr. J. Brissé Saint Macary, *De l'accession artificielle immobilière: essai d'un fondement juridique rationnel*, thèse Bordeaux, 1929, p. 59: "le droit existe dès le moment de l'union ou de l'incorporation, […] il existe *ipso facto*, mais nous dénions au droit d'accession à l'état de réalisation tout pouvoir

tendenza nel corso del tempo a demitizzare il valore simbolico della nozione unitaria di accessione che i codificatori avevano ritenuto di prendere in prestito dall'antica Roma, laddove le mutate istanze economico-sociali hanno richiesto risposte pragmatiche, eque e dinamiche[142]. In ogni caso, si tratta di situazioni labili, dalla consistenza dubbia e in ogni caso molto precaria, interessanti (e perciò menzionate in questa sede) piuttosto in quanto evidenziano linee di frattura della teoria tradizionale della proprietà che per una propria solidità e idoneità a un autonomo commercio giuridico come diritti di natura reale, quantomeno fino al decorrere del termine di usucapione[143].

d'action rétroactif sur les faits matériels d'accession qui se sont produits pendant la période virtuelle". Merita attenzione la posizione dottrinale (cfr. H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 26 ss., in part. p. 43) che, prescindendo dalla distinzione tra occupante-costruttore di buona e di mala fede, individua come momento dell'accessione non, automaticamente, quello corrispondente al fatto della realizzazione dell'opera, bensì quello, anche di molto successivo, dell'atto di volontà del proprietario del suolo, con cui egli agisce domandando la demolizione dell'edificio (se il costruttore era in mala fede) o per avanzare una proposta d'indennizzo. Tale posizione appare la più confacente a una visione "laica" del meccanismo dell'accessione, che, messa da parte ogni velleità di farne un perno di sintesi e di unificazione del sistema dominicale in Francia, si confronta con gli interessi economico-sociali in gioco per enucleare la soluzione di volta in volta più adeguata, valorizzando – in quanto reso possibile dal tenore del diritto positivo – la posizione, dinamica, del costruttore in rapporto a quella, statica, del proprietario del fondo, senza negare tutela a quest'ultimo a fronte di un'aggressione arbitraria alla sua sfera giuridica. La carenza di un atto di volontà del proprietario del suolo volto a far valere il proprio diritto ne porta in effetti alle estreme conseguenze un atteggiamento socialmente passivo, giustificando di far provvisoriamente assurgere a situazione di diritto lo stato di fatto frutto di un lavoro umano, meritevole di un riconoscimento giuridico forte fino al manifestarsi di un miglior diritto, riconosciuto come tale dall'ordinamento.

142 Cfr. G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, p. 291: "si la propriété est conçue comme portant seulement sur des choses, le droit ayant pour objet un terrain ne s'étend pas naturellement à des objets différents, plantes ou constructions, fussent-ils incorporés au sol; il s'étend à ces choses distinctes, par une décision de la loi, qui adopte la solution la plus simple et la meilleure du point de vue économique. L'accession immobilière n'est pas alors une évidence, mais elle ajoute une pièce au régime de la propriété. Il s'agit de dispositions dictées par une certaine politique juridique, marquée du plus élémentaire bon sens. De là des solutions qui n'ont rien d'une nécessité logique ; l'article 553 du Code civil présente d'ailleurs le principe de l'accession immobilière comme une présomption simple".

143 Per es., nessun ufficio addetto alla pubblicità immobiliare accetterà presumibilmente di registrare un'ipoteca sull'immobile di un sedicente proprietario

Altro ancora è il caso della costruzione sopra il suolo altrui effettuata sconfinando dal proprietario del fondo contiguo, sanzionata in Francia, sia se in buona, sia se in mala fede, da una giurisprudenza severa che ne impone la demolizione, senza comportare in nessun caso un passaggio di proprietà al domino del suolo su cui è avvenuto lo sconfinamento[144]; pure in tale ipotesi sembra potersi verificare una situazione di dissociazione temporanea del dominio del suolo e del soprassuolo, almeno finché il proprietario del terreno oggetto di sconfinamento non agisca per la demolizione o il proprietario sconfinante non possa far valere a proprio favore l'usucapione del suolo. Si è tuttavia in proposito osservato che anche in questa situazione non si dà luogo a un diritto, sia pure provvisorio, di superficie, in quanto quest'ultimo opera come una deroga al principio dell'accessione immobiliare, laddove la problematica dello sconfinamento pare porsi proprio all'esterno del campo dell'accessione: la costruzione, di cui la severa regola esige la distruzione, non è infatti un accessorio del fondo su cui ha sconfinato, bensì di quello adiacente, illegittimamente prolungato al di là della linea di demarcazione[145].

Il più moderno e più tecnico Codice civile italiano inquadra diversamente tali casi residuali, evitando agli interpreti la tentazione d'invocare, per sistematizzare gli stessi, espressioni del diritto di superficie, d'altronde a sua volta definito in un alveo preciso che ne previene un'espansione arbitraria[146] e, in seguito alla sua positivizzazione, non più latente nell'ordinamento in una sorta di stato bruto ben disposto all'assorbimento di situazioni di fatto giacenti ai margini delle regole di diritto scritto. Per esempio, lo sconfinamento in fase di costruzione risulta regolato dall'articolo 938 del Codice, secondo il quale, evitando

superficiario di una costruzione che, senza far valere alcun titolo o usucapione su di essa, richieda l'iscrizione sul mero fondamento di aver realizzato l'opera e che il proprietario del suolo non si sia (ancora) attivato per far valere il proprio diritto!

144 C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 375-377, con copiosa giurisprudenza citata.

145 F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, p. 145.

146 Cfr. *Cass. civ., ss.uu., 16 febbraio 2018, n. 3873*.

la problematica severità della soluzione d'oltralpe, può operare un meccanismo di accessione invertita:

> se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede[147] una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenendo conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni[148].

Neppure con riferimento alle opere realizzate da un terzo, di cui agli articoli 936 e 937, sembra potersi agevolmente ricorrere in Italia al diritto di superficie – le cui modalità di costituzione, in quanto diritto reale tipico, sono ben delineate – neanche nel tentativo di far valere la tesi di un'accessione differita di quanto realizzato[149]; pure il consenso del proprietario del suolo avrà in ogni caso il mero effetto di escludere l'eser-

[147] Cfr. *Cass. civ., ss.uu., 2 giugno 1984, n. 3351, MFI, 1984, 683*: "al fine dell'accessione invertita, secondo la previsione dell'art. 938 c.c., in favore del costruttore di un edificio che occupi una porzione del fondo altrui, il requisito della buona fede richiede la ragionevole opinione da parte del costruttore medesimo di essere proprietario di tale porzione e, pertanto, va escluso quando egli sia consapevole della sua appartenenza ad altri"; v. anche, *ex ceteris*, *Cass. civ., sez. II, 4 marzo 2005, n. 4774*; *Cass. civ., sez. II, 25 settembre 2013, n. 21946*.

[148] Con molto maggiore timidezza, l'articolo 539 del citato progetto di riforma del *Code civil* francese avanza una proposta proprio in tale direzione.

[149] V. *Cass. civ., sez. I, 2 settembre 1997, n. 8397*: "Come il tenore della norma pone in luce, nell'ipotesi da essa prevista (costruzione realizzata da un terzo con propri materiali su fondo altrui) l'accessione opera immediatamente agli effetti dell'acquisto della proprietà della cosa incorporata in favore del dominus soli. Il proprietario del fondo, cioè, acquista la proprietà delle opere non appena sia avvenuta l'incorporazione. Successivamente egli può chiedere la rimozione, ma finché lo jus tollendi non viene esercitato mediante l'intimazione di levare le costruzioni il terzo non acquista il diritto di toglierle. Orienta in tal senso lo stesso dettato del primo comma della disposizione, il quale attribuisce al proprietario del suolo il diritto di ritenere le opere, giustificato appunto dall'avvenuto acquisto a titolo originario delle medesime; né si rinviene nella norma alcun argomento in contrasto con la regola generale in tema di accessione, vale a dire l'acquisto immediato della cosa incorporata da parte del proprietario del fondo. Tale non è il termine stabilito nell'ultimo comma, perché esso non è in favore del proprietario dei materiali ma del proprietario del suolo. Del resto, nel senso qui indicato si è già espressa la giurisprudenza di questa Corte (Cass., 20 agosto 1986, n. 5116; 12 maggio 1979, n. 2746; 15 maggio 1971, n. 1420; 24 gennaio 1955, n. 176)".

cizio dello *ius tollendi*[150]. Per analogia con le servitù prediali, qualche voce nella dottrina italiana ha invece ipotizzato la possibilità di acquisto del diritto di superficie per destinazione del padre di famiglia[151]. Occorre conclusivamente menzionare l'ipotesi – criticata in dottrina in quanto forma di espropriazione priva delle relative garanzie di rilievo costituzionale[152] – di creazione giurisprudenziale[153], ma successivamente positivizzata dal legislatore, con una disciplina infine rinvenibile all'articolo 42 *bis* del Decreto del Presidente della Repubblica numero 327 dell'8 giugno del 2001[154], introdotto dal Decreto-Legge numero 98 del 6 luglio 2011[155], convertito con modificazioni dalla legge numero 111 del 15 luglio 2011: tale configurazione non dava luogo propriamente a un diritto di superficie, bensì a un'altra forma di deroga all'ordinario meccanismo dell'accessione immobiliare. Si era così aggiunta (originariamente in assenza di una norma scritta) a quella dell'articolo 938 addirittura un'ulteriore e particolare

[150] G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni,* Milano, 1998, pp. 87-88; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 163.

[151] M. Bianca, *Diritto civile,* VI: *la proprietà*, Milano, 1999, p. 557; G. Musolino, *La costituzione del diritto di superficie*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 289-290.

[152] M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 123 ss., proponeva per esempio una diversa soluzione a tali situazioni, attraverso l'attribuzione alla p.a. occupante di un diritto di superficie.

[153] V., *ex ceteris*, *Cass. civ., ss.uu., 26 febbraio 1983, n. 1464, MFI, 1983, 302*; *Cass. civ., ss.uu, 25 novembre 1992, n. 12546*; *Cass. civ., ss.uu., 29 agosto 1998, n. 8597*; *Corte Cost., 17-23 maggio 1995, n. 188.*

[154] Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.

[155] Tale articolo va a sostituire il precedente art. 43, che era stato dichiarato incostituzionale con sent. della *Corte Cost., 4-8 ottobre 2010, n. 327*; v. anche *Corte Cost., 22-24 ottobre 2007, n. 349*; secondo A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 538-539, nella nuova previsione normativa, rispetto alla precedente, si è riscontrato un certo distacco dal modello di un'accessione invertita, di cui pure si realizza la funzione sostanziale, per rientrare nell'alveo dei provvedimenti ablativi, sia pure sotto forma di procedimento espropriativo semplificato ed eccezionale; la nuova normativa ha superato il vaglio della *Corte Cost., 11 marzo-30 aprile 2015, n. 71*, che ha ritenuto la stessa, tra l'altro, conforme ai principi CEDU quali interpretati dalla Corte di Strasburgo.

ipotesi di accessione invertita[156], del suolo al soprassuolo, in conseguenza di un'occupazione illegittima (senza un provvedimento o in virtù di un atto annullato, scaduto, ecc.) di un fondo da parte di una pubblica amministrazione, nel corso della quale si fosse già prodotta una radicale e irreversibile manipolazione del suolo attraverso l'edificazione su di esso di un'opera pubblica dotata di una consistenza tale da provocare una perdita dei caratteri e della destinazione originari del fondo. Era un modo di acquisto della proprietà qualificato, nell'orientamento giurisprudenziale che si era affermato, di natura pubblicistica e a titolo originario, non quindi vicenda traslativa di un *quid* già esistente, ma acquisto di un nuovo bene risultante dalla trasformazione del precedente. Rimaneva così, a detta dei giudici, la sola tutela risarcitoria per l'originale proprietario del suolo[157], non potendo questo essere restituito in ragione di un preminente interesse pubblico alla permanenza dell'opera di pubblica utilità ormai realizzata. Si tratta di un'ipotesi di particolare interesse in quanto mostra come, a fronte delle istanze di funzione sociale della proprietà poste anche dalla dimensione costituzionalistica, la rigidità del tradizionale principio dell'accessione possa, nel diritto vivente, lasciare il passo a soluzioni (anche in sé tecnicamente discutibili) che assegnano il primato a istanze sovraindividuali. Un'ulteriore ipotesi di accessione invertita di origine giurisprudenziale si riscontra in ambito penale, in materia di confische di edifici realizzati con ricchezze di provenienza illecita su fondi di proprietà di soggetti ignari dell'occupazione abusiva, quando il valore dell'edificio superi notevolmente il valore del fondo[158].

[156] Per un'esclusione di ogni ipotesi di accessione invertita nella giurisprudenza francese, v. *Cass. 3e civ., 24 juin 1998, n. 96-16707*; nello tesso senso, già *Cass. req., 24 juin 1941, D., 1941, J., 293*.

[157] In seguito agli interventi accennati, la normativa prevede ora, in conseguenza dell'acquisizione in favore dell'autorità che abbia illegittimamente utilizzato il fondo, "un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene".

[158] A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 540-541: "Le massime giurisprudenziali che si traggono da questo orientamento della giurisprudenza suonano così: in tema di misure di prevenzione, è legittima la confisca di un edificio realizzato

b. *Gli usi*

Gli usi erano in Francia una fonte del diritto di primo piano all'epoca dell'*Ancien droit*, tanto più, nel Nord del territorio, nelle regioni di diritto consuetudinario, di cui con l'epoca moderna si era portato a compimento un processo di redazione scritta; ma anche nel Sud il ruolo della consuetudine, sia pure supplementare del diritto scritto di prevalente matrice romanistica, restava rilevante. La Rivoluzione e il Codice napoleonico, pur completando un percorso di unificazione del diritto a livello nazionale che faceva della legge scritta – la cui vocazione espansiva si è successivamente sempre più confermata nel tempo – la fonte del diritto principale e generale, non potevano sradicare completamente ogni valore giuridico degli usi, che conservavano un ruolo vitale nell'ambito del diritto agrario[159], con svariati rinvii espressi nel Codice rurale e organismi (principalmente le camere dipartimentali d'agricoltura) istituzionalmente deputati alla loro raccolta per facilitarne la prova dell'esistenza. Vare figure consuetudinarie diffuse nel mondo rurale possono essere ricondotte all'istituto del diritto di superficie, dando luogo con configurazioni varie a situazioni di scissione del dominio del suolo e del soprassuolo. Tali sono i casi del *bail à domaine congéable* e del *bail à complant*, locazioni attributive di un diritto reale, sopravvissute negli usi locali fino alla loro positivizzazione per opera del legislatore: se ne darà conto nella

con fondi di provenienza illecita su un suolo di provenienza lecita, se il primo abbia un valore preponderante rispetto al secondo, poiché, quando un bene si compone di più unità, il regime penalistico cui assoggettare il cespite nella sua interezza è quello proprio della parte di valore economico e di utilizzabilità nettamente prevalenti, diventando irrilevante il principio civilistico dell'accessione (Cass. S. U. pen. 2008 n. 1152) […]. In definitiva la giurisprudenza penale disapplica arbitrariamente la regola civilistica che condurrebbe ad esiti conformi alla finalità perseguita dalla norma penale che intende colpire gli investimenti di risorse finanziarie illecite, ed introduce una forma di accessione invertita in base al criterio del valore prevalente che può svolgersi o nel senso di vanificare gli scopi della disciplina penalistica, quando si ritiene prevalente il valore del suolo, oppure in un'espropriazione senza indennizzo dell'innocente proprietario del suolo quando si ritenga prevalente il valore dell'edificio".

[159] Ma non solo: v. nel testo del Codice napoleonico gli importanti riferimenti agli usi interpretativi (art. 1135) e integrativi (art. 1159) del contratto, nonché in tema di rapporti di vicinato.

seconda parte dello studio, in cui uno spazio maggiore avrà la locazione enfiteutica, a sua volta sopravvissuta (in maniera più generalizzata e diffusa) a lungo, con l'avallo della giurisprudenza, nella prassi soprattutto rurale per circa un secolo, fino alla sua recezione legislativa.

Altri usi attributivi di un diritto di superficie sono perdurati anche fuori della categoria delle locazioni reali. Dubbio è il caso degli stagni delle aree della Bresse e della Dombes[160], sfruttati secondo un'antica consuetudine attraverso un'alternanza ciclica di periodi in cui erano riempiti d'acqua e oggetto di attività di pesca e periodi in cui erano svuotati e coltivati da agricoltori[161]. La proprietà del suolo coltivabile (*droit d'assec*) e il diritto sui frutti (i pesci) dello stagno (*droit d'évolage*) erano in capo a soggetti diversi, malgrado la legislazione del XIX secolo abbia poi favorito la loro riunione in una sola figura[162]. In ogni caso, la giurisprudenza in materia ha riscontrato nella figura piuttosto una situazione di comproprietà indivisa – caratterizzata da un possesso distinto e alternativo del bene – che di diritto di superficie[163]. Merita inoltre menzione il diritto di *crû et à*

[160] Cfr. G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 237; per una recente, dettagliata disamina della vicenda di tali diritti, nella loro origine storica e nel loro recupero al sistema delle regole di appartenenza instaurato con la codificazione, v. D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, pp. 819 ss., in part. p. 832: "il serait, semble-t-il, ni possible de soutenir que les droits d'évolage et d'assec soient des droits de propriété, ni possible de se prononcer sur le principe d'une propriété temporaire. Dans le cadre du Code civil, l'attribution de la nature de propriété seulement à l'un d'eux est plus aisée, l'autre se limitant à être un droit réel, étant précisé comme le montre l'exemple des droits d'évolage et d'assec, que l'option de l'indivision demeure disponible".

[161] V. M.-J. Aglaé, *Division en volumes et propriété privée sur le domaine public*, in *RDI*, 1993, p. 317, che vede in tale assetto un'espressione del diritto di superficie come concepito nell'*Ancien droit*, una dissociazione della proprietà che opera nel tempo piuttosto che nello spazio.

[162] B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 13.

[163] *Cass. civ., 31 janv. 1838, S., 1838, 1, 120; Cass. civ., 5 juill. 1848, DP, 1848, 1, 137*; *CE, 9 nov. 1977, n. 03803*. Tale situazione è stata ravvicinata in dottrina ad altri assetti, quali il *droit de secondes herbes*, che attribuisce a un proprietario il diritto sul primo taglio d'erba e a un altro il diritto sul secondo; o ancora, quale l'attribuzione in proprietà a soggetti diversi, in una foresta, di alberi di diverse specie: tutte queste ipotesi (su cui v. A.-M. Patault, *La propriété non exclusive au XIXe siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1983, pp. 217 ss., nonché gli arresti ivi citati e, più recentemente,

croître[164], che conferisce un diritto reale sugli alberi distinto dal dominio del suolo, che la giurisprudenza, riconoscendo imprescrittibile, ha considerato come una proprietà superficiaria del soprassuolo[165]; tale figura sembra porsi alla frontiera tra una sua più tradizionale riconduzione a un diritto di superficie e la più recente elaborazione di dottrina e giurisprudenza in tema di diritto reale di godimento speciale, sorta di diritto reale, forse anche perpetuo, attributivo di una specifica utilità sul fondo altrui. Affiancandole alle moderne proiezioni del diritto di superficie, autori contemporanei – con un tuffo nell'*Ancien droit* – considerano unitariamente le varie ipotesi qui citate, come diritti di proprietà a pieno titolo, frutto di una "divisione" piuttosto che di uno "smembramento" di un preesistente, più ampio, diritto di proprietà: una divisione che può avvenire con riferimento a utilità economiche specifiche, spazialmente identificate e cedute a titolo di proprietà, oppure nel tempo, con la creazione di proprietà alternative o stagionali[166]. La generale desuetudine di tali figure sconsiglia di approfondirne in questa sede la trat-

Cass. 3e civ., 25 mars 1992, D., 1983, J., 65) darebbero luogo a un concorso, a una giustapposizione di diritti di proprietà distinti su una stessa cosa, una comproprietà non soggetta a divisione se non in presenza di specifici interventi legislativi: v. A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, III ed., Parigi, 1921, pp. 788-789.

164 V. H. Périnet-Marquet, *Le droit de « crû et à croître» ne s'éteint pas par non-usage, note sous Cass. 3e civ., 23 mai 2012, n. 11-13202*, in *JCP*, 2012, *Chronique*, n. 1186, p. 2007: "Le droit de « crû et à croître», encore très vivant dans certaines régions comme le Jura, consiste généralement à offrir à un héritier le droit d'exploiter les bois implantés sur un fonds attribué en propriété à un autre qui profite des autres utilités du sol (avec parfois droit de pâture) et surtout du sous-sol".

165 *Cour imp. Besançon, 12 déc. 1864, D., 1865, 2, 1*; v. anche, pur senza evocare esplicitamente un diritto di superficie, *Cass. 3e civ., 23 mai 2012, n. 11-13202*: "attendu que les propriétés des consorts X… et de M. Y… avaient une origine commune remontant à l'acte de partage du 12 juin 1837, qui avait attribué à Joseph-Marie Z…, auteur de M. Y…, un lot comprenant deux cantons de bois, crû et à croître à perpétuité, morts et vivants, pris sur le sol d'un lot réservé à Jean-Marie Z…, auteur des consorts X…, et que ce droit était invariablement mentionné dans tous les actes subséquents au profit des successeurs de Joseph-Marie Z…, la cour d'appel en a exactement déduit que la prérogative ainsi concédée sur la parcelle litigieuse était perpétuelle et ne pouvait s'éteindre par le non-usage trentenaire"; cfr. le osservazioni critiche alla sentenza di F. Danos, favorevole a una lettura della figura in discorso come un diritto di superficie, in *Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie*, in *Rép. Defrénois*, 2012, n. 21, pp. 1071-1073.

166 P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Parigi, 1989, p. 19.

tazione, oltre quanto necessario per testimoniare la molteplicità di diritti associati alla figura della superficie che hanno contribuito a mantenere all'indomani dell'emanazione del *Code* una nozione molto ampia della stessa, in quanto utile alla sussunzione nel sistema codicistico dei diritti reali di una serie di prassi che erano ancora diffuse nelle aree rurali della Francia: tale attitudine del diritto di superficie a coprire uno spettro ampio di situazioni ha pertanto contribuito a conservare l'istituto in una forma molto adattabile e flessibile, tramandandosi così fino alla contemporaneità.

Nel mondo giuridico italiano, la codificazione prima del diritto di enfiteusi e poi di quello di superficie ha dato ai due istituti una conformazione piuttosto definita, laddove in Francia a lungo dopo la codificazione il loro stato volatile di esistenza (fino al 1902 per l'enfiteusi, tutt'oggi per la superficie) ne ha consentito un'espansione adatta a ricoprire di una veste giuridica tanti utilizzi esistenti nella vita delle comunità rurali. Nelle letture contemporanee del diritto di superficie in Italia, in relazione all'assetto normativo vigente, non è dato riscontrare la consuetudine tra le sue fonti, né, come per gli altri diritti reali codificati, questo parrebbe concepibile. In particolare, in virtù dell'articolo 8 delle nostre preleggi, nelle materie regolate, come quella in questione, dalle leggi, si danno usi normativi solo in quanto da esse richiamati e nel sistema dei diritti reali del Codice non trova posto la consuetudine in quanto tale come loro fonte formale e diretta. Peraltro, a ben guardare, anche nel modello francese, l'interessante evocazione, da parte di alcuni autori, di una costituzione del diritto di superficie per opera degli usi[167] sembra da intendersi in senso piuttosto sociologico e storico-genealogico che formale e logico-sistematico, come spiegazione genetica e sociale di diversi schemi contrattuali molto antichi e in disuso quasi totale, nella cui ricostruzione, volendo risalire alla matrice degli obblighi, la volontà negoziale, anche quando presente e ricostruibile, resta in ombra rispetto alla giuridicizzazione nella coscienza comunitaria di assetti fattuali rimontanti alla notte

[167] Cfr. B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 13; G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 237.

dei tempi e percepiti come dovuti e tendenzialmente immutabili. Sono quindi situazioni che discendono da fonti perlopiù di fatto, che il giurista italiano potrebbe ricondurre in molti casi all'affascinante ed eterogenea categoria degli usi civici e alle relative, complesse, regole[168], mentre in Francia, in ragione della vocazione espansiva del diritto di superficie e attirate dalla sua forza di gravità, sono ricadute nella sua orbita per sfuggire alla sorte di un abbattimento fragoroso e istantaneo con la Rivoluzione borghese. Altro discorso, che non riguarda la costituzione del diritto, è naturalmente quello degli usi negoziali (articolo 1340, articolo 1374 del Codice civile) e interpretativi (articolo 1368 del Codice civile), che, laddove esistenti, potranno rispettivamente integrare dettagliando e concorrere all'interpretazione del contenuto di contratti attributivi di diritti di superficie.

[168] La cui pur contrastata sopravvivenza ne ha fatto una sorta di categoria residuale quale per tante situazioni in Francia è stato il diritto di superficie; sugli usi civici, e in particolare sulla loro qualificazione reale, v., *ex ceteris*, F. Marinelli, *Gli usi civici*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2013.

Parte seconda

Manifestazioni contemporanee del diritto di superficie

Capitolo primo

Le locazioni reali

Sezione I. *Gli specifici contratti di locazione francesi attributivi di un diritto reale*

Questa parte dello studio è dedicata all'approfondimento delle due manifestazioni del diritto di superficie più diffuse nel modello giuridico francese, le locazioni reali e la proprietà di volumi, cogliendone una serie di spunti di comparazione con il modello italiano, con quello belga e con la *common law*. L'analisi s'incentrerà sui meccanismi specifici di funzionamento di configurazioni già accennate nella prima parte del testo, mostrando dinamicamente all'opera ciò che si era introdotto in termini generali e teorici. Prima sarà affrontato l'argomento delle locazioni reali, poi quello della proprietà di volumi.

Si è già osservato come da un lato continui a prevalere in generale la concezione della locazione come contratto da cui di per sé non hanno origine che diritti e obbligazioni di natura personale tra le parti, dall'altro lato come in Francia un'ordinaria locazione immobiliare possa conferire al conduttore di un fondo la proprietà di costruzioni sovrastanti, attraverso un diritto di superficie. Oltre a ciò, la dottrina d'oltralpe solitamente raggruppa un insieme di contratti di locazione immobiliare istituzionalmente concepiti come reali (o, più precisamente, superficiari), anomali[1] e derogatori[2] rispetto al diritto comune delle locazioni, variamente tipizzati, sia negli usi locali e nella

[1] F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, X ed., Parigi, 2015, p. 360.

[2] F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 821.

tradizione giuridica francese e poi recepiti dal legislatore, sia ancora via via escogitati dal legislatore stesso, introducendo variazioni sulla base dei modelli già esistenti, per far fronte a nuove esigenze. Si tratta di figure che presentano reciproche differenze anche marcate nella funzione e nella disciplina, accomunate dalla fisiologica attribuzione al conduttore di un diritto reale di godimento sull'immobile locato: questo diritto consente un diritto di proprietà del conduttore sulle costruzioni o piantagioni (quantomeno) da esso realizzate e conseguentemente le locazioni anomale sono reputate uno degli strumenti attraverso cui un diritto di superficie può essere concesso. Più precisamente, le locazioni superficiarie, siano esse specificamente previste dal legislatore ovvero determinate dalle parti nel quadro del diritto comune delle locazioni, possono attribuire al conduttore, con varie combinazioni, la proprietà superficiaria di costruzioni già edificate, l'autorizzazione a costruire sul fondo o l'obbligo di costruirvi acquisendo la proprietà superficiaria di quanto realizzato[3]. La torsione è significativa rispetto al modello standard di locazione. D'altronde, nella maggior parte di queste figure, anche il modello di diritto di superficie tradizionalmente accettato dalla maggioranza della dottrina francese, come forma di proprietà e in quanto tale naturalmente assoluta, esclusiva e perpetua, subisce la torsione e la relativizzazione di un quadro convenzionale complesso[4], nel quale, in particolare, la cessione del dominio del soprassuolo o sottosuolo è ordinariamente temporanea.

Le discipline specifiche del legislatore, talvolta limitatesi a recepire e a ritoccare una preesistente tipizzazione per opera della prassi sociale, talvolta invece con una funzione creativa e innovativa, non esauriscono quindi la libertà delle parti di convenire accordi di locazione superficiaria, ma mettono a

[3] C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 19.

[4] Cfr. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 120: "Normalement le droit de propriété, droit exclusif, peut être étudié isolément et sa description est épuisée par celle des liens du propriétaire et de sa chose. On s'interdirait […] de comprendre le droit de superficie à vouloir faire abstraction des relations du superficiaire et du tréfoncier".

loro disposizione una serie di schemi – nella maggior parte dei casi piuttosto flessibili e adattabili – con vantaggi in termini di certezza e di precisione delle regole[5]. Inoltre, la positivizzazione di tali archetipi contrattuali consente, aderendo alle regole specifiche dell'uno o dell'altro di essi, di derogare all'applicazione delle norme generali, anche cogenti, in materia di locazioni, per realizzare interessi delle parti complessi e sofisticati senza il rischio di contestazioni giudiziali. Il frequente utilizzo nella prassi francese di questi schemi tipizzati, alcuni dei quali sono stati recepiti e rimodulati nel corso del tempo anche in vista d'impieghi volti alla realizzazione di pubblici interessi, merita una loro trattazione specifica, separata dalla generale introduzione alle locazioni superficiarie che già si è fatta nella prima parte della presente trattazione; nel loro insieme, questi contratti, a fianco della proprietà di volumi, costituiscono uno degli utilizzi più dinamici e creativi e di maggiore diffusione del diritto di superficie in Francia.

Nel quadro degli schemi contrattuali in discorso, il carattere di diritto reale immobiliare, partecipe di una natura dominicale, della prerogativa sul bene del conduttore gli permette, con variabili modalità e limiti, d'ipotecare il diritto, di gravarlo di servitù o di farlo giovare di servitù costituite a suo vantaggio su fondi vicini, potendo anche esso essere oggetto di procedura di esecuzione immobiliare. Nell'insieme, le caratteristiche dei modelli contrattuali in analisi ben si attagliano a situazioni in cui il conduttore intenda apportare significativi miglioramenti e investimenti sul fondo, tali da richiedere, a salvaguardia e a rafforzamento della stabilità della sua situazione giuridica e dell'insieme dell'operazione economica, la costituzione di un diritto, precisamente concepito, che attribuisca in maniera sicura a tale conduttore poteri diretti sulle opere realizzate. Al pari e in parallelo al leasing, con cui spesso le locazioni superficiarie si presentano ulteriormente intrecciate in operazioni economiche complesse, tali contratti svolgono sovente una funzione di finanziamento di un conduttore imprenditore, esentato dalla spesa di acquisto

[5] B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 10.

del fondo a esso necessario per realizzarvi interventi costosi. Può allora trattarsi di una forma originale di concessione di finanziamento, remunerata attraverso un canone e lo svolgimento di opere di miglioria sul suolo messo a disposizione, con il terreno a fungere da solida garanzia a vantaggio del locatore, che ne resta proprietario[6]. I diritti reali conferiti sono in ogni caso, in generale, di agevole utilizzo al fine di reperire sul mercato crediti per l'operazione economica in vista della cui realizzazione si è stipulato il contratto di locazione[7]. I rapporti tra le parti, in gran parte libere di delineare secondo l'equilibrio d'interessi desiderato l'effettivo contenuto del diritto attribuito[8], acquistano allora un carattere articolato, in cui la dimensione reale e quella personale si compenetrano in un'operazione economica e giuridica composita[9]: trovandosi in un terreno di confine tra diritto dei contratti e diritto dei beni, le parti sono legate al tempo stesso da reciproci obblighi di natura personale e reale e sono entrambe proprietarie di beni fra loro sovrapposti e correlati, cosicché si dà luogo a una nozione di proprietà, limitata e conformata nel contenuto dalla legge e dagli accordi[10], che si discosta vivamente dal canone codicistico di assolutezza[11]. A monte del rapporto restando un contratto di locazione, esso conserva una base obbligatoria, non completamente assorbita

[6] V. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 1: "Cette aptitude financière de la location continue cependant d'étonner, car l'affinité du bail et du crédit demeure mal élucidée. Encore vague et diffus, le sentiment se répand que la transformation du bail en instrument de crédit pourrait bien être un phénomène de transition préfigurant une relation inédite aux biens".

[7] V. B. Dumas, M.-H. Louvel, *Investissement et valorisation*, in *Petites affiches*, 1997, n. 49, pp. 43 ss.

[8] Questo è vero anche in Italia, malgrado il carattere più definito del diritto a seguito del suo ingresso nel testo codicistico; cfr. G. Musolino, *La superficie. Contenuto del diritto e poteri del superficiario e del proprietario del suolo*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 791 ss.

[9] H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 411.

[10] Cfr. *Cass. 3e civ., 16 mai 2001, n. 98-70142*.

[11] V. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 121: "C'est une propriété temporaire, c'est un droit qui peut préexister à l'existence de la chose à laquelle il doit s'identifier, c'est enfin une propriété relative qui dépend étroitement des rapports obligatoires liant le superficiaire au tréfoncier".

dall'ulteriore natura reale del diritto del conduttore, che sullo stesso contratto si fonda e dalle sue clausole è variamente delimitata[12]: pertanto, il conduttore non potrà, semplicemente rilasciando il fondo, sottrarsi ai doveri di pagare i canoni e di eseguire le opere convenute, laddove in generale nell'ambito dei diritti reali la rinunzia libera dagli eventuali obblighi il titolare del diritto[13]. Il diritto reale del conduttore e le sue obbligazioni personali, sorti contestualmente e necessariamente interdipendenti, presentano la vocazione a una successiva circolazione

[12] Il punto della prevalenza dell'aspetto reale o di quello personale nel rapporto tra le parti è peraltro controverso: cfr. B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 10: "L'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement le preneur est alors absorbée par le droit réel que ce dernier détient sur la chose. Les rapports personnels s'effacent au profit d'un partage direct des utilités du bien, brouillant les frontières avec des figures comme l'usufruit"; C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 157: "Le droit de superficie y occupe la première place, le bail est seulement accessoire"; C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 444: "En réalité, lorsque le preneur à bail bénéficie d'un droit de superficie, celui-ci est seulement accessoire à son droit de jouissance sur l'immeuble loué, lequel peut n'être qu'un droit personnel"; p. 460: "même si le droit du preneur est un droit réel ne pouvant trouver son origine que dans un contrat qui a pour objet, sous réserve des dispositions impératives de la loi, d'aménager les rapports du preneur et du bailleur, il est totalement dépourvu d'intérêt d'envisager leurs obligations réciproques comme des obligations réelles". Risultano pertinenti le riflessioni di S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 183-184: "quelque tranchée que soit la distinction entre droits personnels et droits réels, rien n'empêche de concevoir un droit d'obligation présentant à la fois les caractères des deux espèces de droits; […] non seulement des personnes différentes peuvent être tenues, les unes à titre personnel, les autres à titre réel, de la même obligation envers le même sujet actif ; mais le même sujet passif peut s'y trouver obligé tant personnellement que réellement, auquel cas l'obligation personnelle qui lui incombe neutralisera certains effets secondaires de la réalité (limitation du gage du créancier, faculté d'abandon libératoire, etc.) jusqu'à ce que l'aliénation à titre particulier du bien grevé opère la scission de la double obligation en ses deux éléments". In Italia, per un'accessorietà, nel rapporto superficiario, dell'aspetto obbligatorio rispetto a quello reale, M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 347, che pure riconosce (p. 111) che l'"autonomia negoziale delle parti assume una valenza del tutto particolare e decisiva in relazione al diritto di superficie. Infatti, a differenza degli altri diritti reali, per i quali è sufficiente l'indicazione del tipo che si intende costituire, affinché la disciplina legale (pressoché esaustiva) trovi applicazione, diverso ragionamento è da sviluppare con riferimento alla superficie"; v. anche G. Giacobbe, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2003, p. 52.

[13] V. per esempio per la locazione enfiteutica l'art. 451-6 del Codice rurale. Cfr. G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 233.

congiunta, così come avverrà per il lato del locatore in caso di vendita della proprietà del fondo locato[14].

Non mancano voci critiche sul complesso della categoria delle locazioni reali, in quanto ritenute inutilmente contraddittorie, dando luogo a una confusione impropria tra istituti e tra categorie distinti[15]. Nell'insieme, chi scrive esprime però piuttosto l'impressione che queste figure di confine esprimano e rappresentino in maniera soddisfacente istanze sociali effettive nell'evoluzione contemporanea dei sistemi continentali del diritto dei beni. Le perplessità sistematiche che il loro problematico inquadramento può suscitare, ben comprensibili al lettore giurista italiano – il cui codice, più tecnico, è sembrato voler espungere certe figure spurie al di là dell'orizzonte del diritto positivo – sembrano però superabili proprio alla luce dell'utilità di queste figure a soddisfare un'ampia congerie di esigenze, restando nel solco della tradizione giuridica di *ius commune*. Più interessante agli occhi del comparatista è in ogni caso, piuttosto che la giustificazione dogmatica di tali istituti, la loro contestualizzazione e spiegazione e l'eventuale ricerca in essi di spunti che si prestino a una virtuosa circolazione transforntaliera. Peraltro, pur senza la cornice delle locazioni superficiarie, anche l'interprete italiano non può mancare di riconoscere la decisiva importanza del quadro convenzionale (solitamente) attributivo del diritto di superficie nell'effettiva determinazione dello stesso e della sua specifica funzione nell'economia dell'operazione desiderata dalle parti[16], com'è riconosciuto anche in materia

[14] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 460.

[15] W. Dross, *Droit des biens*, II ed., Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 122.

[16] V. M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 148-149: "La costruzione andrà edificata tenendo conto dei limiti stabiliti nel contratto costitutivo e quindi il potere del superficiario sarà tanto più ampio quanto più limitato sarà il diritto che il proprietario del suolo manterrà sullo stesso o sotto lo stesso"; diffusamente, A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 329 ss., in part. p. 346: "La dottrina ha avuto occasione di evidenziare la confluenza in ogni relazione superficiaria del momento contrattuale e di quello reale […] Si evidenzia, altresì, come tra proprietario ed utilizzatore del suolo esista una situazione di contiguità, che non renderà mai il primo del tutto estraneo alle iniziative che verranno intraprese dall'altro, neppure nel caso in cui la superficie non abbia

tributaria ai fini della determinazione della base imponibile per l'imposta di registro, per conoscere i rispettivi valori del diritto di superficie e della nuda proprietà, nell'impossibilità di stabilire gli stessi secondo norme fisse senza valutarne le caratteristiche concrete determinate dal titolo[17].

Nella dottrina francese, si è sostenuto che il diritto (di proprietà) del conduttore sulle opere effettuate e il diritto (reale) attribuito dalle locazioni anomale non debbano a loro volta essere confusi tra di loro, avendo peraltro, come anche la *Cour de Cassation* ha avuto occasione di affermare decidendo in tema di espropriazione, un distinto valore economico[18]. Diversi tra loro sarebbero quindi il diritto reale di godimento sull'immobile oggetto della locazione e il diritto di proprietà superficiaria, del cui sorgere l'esistenza del diritto reale di godimento fungerebbe soltanto da presupposto[19]. Pertanto, il diritto reale conferito al conduttore e il suo diritto di proprietario superficiario, pur non identificandosi, sarebbero legati, con la superficie in funzione accessoria rispetto al diritto reale di godimento già conferito dall'accordo di locazione a fianco del diritto personale di godi-

origine negoziale. Vi saranno anche in tale caso spese imputabili alla conduzione, od alla proprietà della *res* da valutare nell'ottica dei rispettivi doveri, oneri fiscali da prendere in considerazione, il *solarium* di cui tenere conto"; i due Autori dedicano inoltre particolare attenzione ai mezzi di tutela (e ai limiti di tali mezzi) spettanti al superficiario e al *dominus soli* dalle due dimensioni, reale (azioni petitorie e possessorie, responsabilità extracontrattuale) e obbligatoria (responsabilità contrattuale), del rapporto, osservando in questo caso una certa contiguità tra i due settori della responsabilità e giungendo a prospettare ipotesi di responsabilità contrattuale persino nelle situazioni in cui i due soggetti entrino in contatto attraverso un acquisto a titolo originario del diritto (si pensi al caso di usucapione, nei limiti in cui possibile), conseguente alla violazione di una negozialità, pur non pattuita, ma derivante da un dovere di correttezza e collaboratività, sorta di rapporto contrattuale di fatto che dà luogo a una situazione di reciproco affidamento; v. anche G. Giacobbe, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2003, p. 52; G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 124 ss.

[17] V. Circolare del 28 aprile 1992, n. 9, del Ministero delle Finanze, paragrafo 2; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 425-428.

[18] *Cass. 3e civ., 17 juill. 1997, n. 95-70038*.

[19] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 444; cfr. H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 415.

mento[20]. Se, nel caso dell'enfiteusi, deve effettivamente riconoscersi l'esistenza di un diritto reale altro e più ampio del diritto di superficie che ne è soltanto la conseguenza, nelle altre figure, come il *bail à construction*, una ricostruzione unitaria delle prerogative reali conferite sembra più soddisfacente, come si è precedentemente argomentato. Si tornerà in ogni caso sul tema.

Dopo questi cenni introduttivi sarà opportuno approfondire la disciplina dei singoli contratti, per poi tornare a fare su di essi delle riflessioni di ordine generale. Il favore crescente del legislatore per tali forme, organizzate in cornici legali differenziate, di separazione della titolarità del suolo e del soprassuolo, se da un lato dimostra le potenzialità della superficie nell'odierno diritto dei beni, dall'altro lato, come in ogni caso di moltiplicazione di figure giuridiche simili, è fonte d'incertezze e di sovrapposizioni, da cui derivano insistenti inviti della dottrina a dar luogo a una sistematizzazione organica dei molteplici schemi esistenti e disciplinati in sedi diverse[21].

A. *I contratti di locazione che conferiscono un diritto reale negli usi locali di alcune regioni*

Alcuni contratti agrari, di utilizzo ormai decisamente raro, mantengono un'importanza soprattutto storica e teorica, in quanto hanno contribuito alla sopravvivenza di forme di superficie nel diritto privato francese in seguito alla codificazione. Di essi si fornirà di seguito un quadro assai riassuntivo, utile a dare un'idea dei passaggi intermedi attraversati dall'istituto superficiario per giungere alla sua forma contemporanea.

[20] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 444; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 413.

[21] Cfr. Ph. Malinvaud, *Bail réel immobilier et bail réel immobilier administratif: offre de loi du Club des juristes*, in *RDI*, 2013, pp. 396-397; J.-L. Tixier, *Le bail réel immobilier*, in *RDI*, 2013, pp. 398-404; P. Delvolvé, *Le bail réel immobilier administratif*, in *RDI*, 2013, pp. 405 ss.; M. Poumarède, *Le bail réel solidaire*, in *RDI*, 2016, p. 546; recentemente, si è assistito a una discussione parlamentare sull'ipotesi d'introdurre un'ennesima locazione reale per la concessione di tratti di litorale.

Il *bail à domaine congéable*, o *bail à convenant*, era tradizionalmente utilizzato in Bretagna, dove ha un'origine consuetudinaria assai risalente nel tempo[22]. Il legislatore è in più occasioni intervenuto per regolare il contratto, in epoca rivoluzionaria e poi nel corso del XIX e del XX secolo; oggi la sua disciplina, piuttosto dettagliata e di ordine pubblico[23], si rinviene agli articoli da L431-1 a L431-23 e R431-1 del Codice rurale. È un contratto attraverso cui il proprietario di un fondo ne concede, in cambio di un canone annuo[24], il godimento per un tempo determinato, alienando al tempo stesso (provvisoriamente) al beneficiario gli edifici e quanto altro sulla superficie del fondo[25], già esistente o ancora da realizzare: elementi propri della locazione e della vendita si mescolano così, con una tendenziale

[22] V. L. Lorvellac, F.C. Dutilleul, *Les baux ruraux*, Parigi, 1993, p. 21: "Disparu dans les cinq départements bretons, ce bail a pu renaître à l'initiative de certains notaires lorsque la loi d'orientation agricole a permis la conclusion de baux à domaine congéable pour les cultures pérennes"; sul percorso storico di assimilazione del *bail à domaine congéable* al contratto di superficie, v. R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in *Coutume, usages et pratiques: disputatio magistrorum et scholarium argentorati*, Parigi, 2015, pp. 37-39.

[23] Ma con rinvio al contratto e agli usi per vari aspetti importanti del rapporto: Codice rurale, art. L431-4: "Les propriétaires fonciers et les domaniers se conforment aux stipulations prévues par les baux ou, à défaut, aux usages des lieux, en tout ce qui concerne leurs droits respectifs sur la distinction du fonds et des édifices et superficies, des plantations pérennes telles que vignes et arbres fruitiers, des arbres dont le domanier doit avoir la propriété ou le simple émondage, des objets dont le remboursement doit être fait au domanier lors de sa sortie, comme aussi en ce qui concerne les termes des paiements des redevances convenancières, la faculté de la part du domanier de bâtir de nouveau ou de changer les bâtiments existants".

[24] V. Codice rurale, art. L431-17: "Pour tenir compte des édifices et superfices qui appartiennent au domanier, le prix des baux en cours ou à venir est fixé à l'amiable et évalué comparativement au fermage moyen des propriétés voisines de même valeur et d'égale importance. En cas de désaccord, le prix est fixé par le tribunal paritaire. La révision du prix des baux en cours prend effet au commencement de la nouvelle année culturale"; art. L431-11: "A défaut de paiement du prix du bail, à son échéance, sous réserve de ce qui est dit aux articles L. 411-31 et L. 411-53, le propriétaire peut, en vertu de son titre, s'il est exécutoire, faire saisir les meubles, grains et denrées, appartenant au domanier ; il peut même faire vendre lesdits meubles, et en cas d'insuffisance, lesdits édifices et superfices, après néanmoins avoir obtenu contre le domanier un jugement de condamnation ou de résiliation de bail"; art. L431-13: "Les domaniers ne peuvent éviter la vente de leurs meubles, et la vente subsidiaire de leurs édifices et superfices, qu'en abandonnant au propriétaire foncier leurs édifices et superfices, auquel cas ils seront libérés envers lui".

[25] G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, p. 244.

prevalenza della prima sulla seconda, che acquista un carattere di non definitività o, meglio, di risolubilità[26]. Si realizza in tal modo una dissociazione tra la proprietà del suolo, che resta al locatore, e quella di edifici, piantagioni e altri lavori di miglioria realizzati, che spetta al conduttore sotto il nome di "diritti riparatori"[27], nel potere di disposizione e d'ipoteca di quest'ultimo, senza dover richiedere l'autorizzazione del concedente; sono nulle tutte le clausole volte a limitare il valore reale di tali diritti, trasmissibili agli eredi in caso di morte. L'articolo L431-1 del Codice rurale contraddice il tradizionale carattere precario del contratto, non più caratterizzato dall'antica facoltà del locatore di dare agevolmente congedo alla controparte[28], bensì, a tutela di quest'ultimo, ormai sottoposto al regime degli affitti agrari[29], con le relative regole in tema di durata del contratto (la convenzione non può prevedere meno di nove anni), possibile accesso a regimi fiscali di favore[30], diritto al rinnovo e limitata risolubilità: nel rinvio a tali disposizioni, la legge fa salvi gli speciali diritti superficiari del conduttore. Ogni sub-locazione e cessione del contratto è interdetta, salvo che a profitto dei figli o nipoti maggiorenni del conduttore o del suo coniuge (o partner di un patto civile di solidarietà) e con l'accordo del locatore. Ciascuna delle parti gode di un diritto di prelazione in caso di alienazione dei diritti di proprietà dissociati dell'altro. Il conduttore può

[26] H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimonprez, T. Tauran, B. Travely, *Droit rural: entreprise agricole, espace rural, marché agricole*, Parigi, 2013, p. 81.

[27] B. Grimonprez, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, 2013, p. 10; cfr. *Cass. civ., 2 mai 1910, D., 1913, 5, 40*.

[28] Cfr. Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 629: "le propriétaire foncier conserve la faculté perpétuelle et imprescriptible de congédier le domanier, et de rentrer dans la propriété des édifices et superfices, en lui en remboursant la valeur à dire d'experts, remboursement que ce dernier est, de son côté, autorisé à réclamer, en provoquant le congément".

[29] B. Grimonprez, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, 2013, p. 10.

[30] V. J.-P. Moreau, *Bail à domaine congéable, bail à complant*, in *JurisClasseur: Baux ruraux*, 2013, par. 10: "La cession des édifices et superfices lors de la conclusion du bail est soumise à la fiscalité des mutations à titre onéreux d'immeubles ruraux. Mais si cette cession est consentie au profit d'un preneur à bail exploitant les biens en cause depuis au moins deux ans, le régime de faveur de l'article 1594 F quinquies du Code général des impôts est applicable (taux du droit de vente réduit à 0,60 %)".

realizzare nuove costruzioni destinate ad abitazione o allo sfruttamento economico del fondo e procedere a piantagioni di carattere perenne d'intesa con il proprietario; tuttavia, in assenza di accordo, se tali operazioni sono necessarie per il razionale sfruttamento del fondo o per potervi alloggiare il conduttore e altre persone addette allo sfruttamento, egli può rivolgersi al tribunale paritario degli affitti agrari affinché faccia da arbitro nel litigio. Lo stesso giudice è competente per tutte le controversie sull'applicazione delle disposizioni relative al contratto in esame. Le tasse fondiarie sono distribuite tra le parti secondo proporzioni legislativamente determinate in funzione di ciascuna delle diverse categorie di beni (abitazioni, campi, impianti produttivi, ecc.) il cui godimento è conferito al conduttore. Alla fine del rapporto, i "diritti riparatori" tornano in capo al concedente, in cambio di un indennizzo, valutato secondo il valore attuale in contraddittorio e servendosi di esperti; il rimborso si computa in proporzione alla somma sborsata dal conduttore, ragguagliata al suo valore reale al successivo momento dell'acquisto del locatore[31]. In ogni caso, il conduttore non può essere espulso dal fondo che dopo essere stato rimborsato[32]. Il contratto deve soddisfare i requisiti di forma richiesti dalle norme sulla pubblicità fondiaria, realizzando un trasferimento di diritti immobiliari[33]. Un motivo che può tuttora in qualche misura rendere allettante tale contratto può rinvenirsi nella carente disciplina dei miglioramenti, delle piantagioni e delle costruzioni realizzate del conduttore nel regime ordinario degli affitti agrari[34].

Il *bail à complant* ha anch'esso un'origine premoderna, presentandosi in una serie di varianti e denominazioni locali

[31] Cfr. *App. Rennes, Ch. des baux ruraux, 1 mars 2012, n. JurisData: 2012-032623*.

[32] Inoltre, art. L431-10: "A défaut de remboursement effectif de la somme portée à l'estimation, le domanier peut, sur un simple commandement fait à la personne ou au domicile du propriétaire foncier, en vertu de son titre, s'il est exécutoire, faire vendre par vente publique les édifices et superficies et subsidiairement, le fonds en cas d'insuffisance. Néanmoins, le foncier peut se libérer en abandonnant au domanier la propriété du fonds et la rente convenancière".

[33] H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimonprez, T. Tauran, B. Travely, *Droit rural: entreprise agricole, espace rural, marché agricole*, Parigi, 2013, p. 81.

[34] L. Lorvellac, F.C. Dutilleul, *Les baux ruraux*, Parigi, 1993, p. 21.

in diverse aree della Francia[35], su terreni coltivati a vigna, ed è ormai di raro impiego[36]: una tendenza favorita dal particolare regime legale di riassetto giuridico su richiesta di una parte; il contratto è attualmente disciplinato dagli articoli da L441-1 a L441-13 e da R441-1 a R441-3 del Codice rurale, oltre che dagli usi del luogo. Esso realizza – o può realizzare[37] – una scissione tra la proprietà del suolo, che resta al locatore, e la proprietà della vigna, attribuita per la durata del rapporto, contestualmente al godimento del fondo, a un conduttore tenuto a piantarvi o a continuare a coltivarvi una vigna, nonché a versare al locatore, non tenuto a partecipare ai relativi costi[38], una parte del prodotto del raccolto; tale controprestazione è versata alle condizioni determinate non più dagli usi, bensì da un'ordinanza prefettizia, su proposta della commissione consultiva dipartimentale sugli affitti agrari, pur non essendo il contratto sottoposto al regime di tali locazioni (ma le controversie restano in generale sottoposte al tribunale paritario degli affitti agrari, oltre agli arbitrati previsti in alcune ipotesi). Tradizionalmente il contratto è stabilito in perpetuo ma se ne ammette attualmente la stipulazione per un tempo determinato, con la necessità di conformarsi alle regole di pubblicità fondiaria quando

[35] Anche con importanti differenze di regime: cfr. *Cass. req., 11 févr. 1896, D., 1896, I, 239*.

[36] L. Lorvellac, F.C. Dutilleul, *Les baux ruraux*, Parigi, 1993, p. 21: "La survivance de ce contrat est signalée dans la région de Languedoc et surtout dans le vignoble nantais où la pratique le désigne sous le nom de bail au cinquième car le prix du bail prend la forme du versement d'un cinquième de la récolte, alors qu'en cas de métayage, le partage s'y fait habituellement par moitié".

[37] H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimonprez, T. Tauran, B. Travely, *Droit rural: entreprise agricole, espace rural, marché agricole*, Parigi, 2013, p. 81. La necessarietà del carattere reale del diritto conferito non è pacifica in dottrina, in quanto, secondo alcuni autori, nell'ambiguità della legge, tale attributo si determina secondo gli accordi delle parti e, solo quando reale, il diritto può essere ipotecato; anche sotto l'*Ancien droit* il carattere personale o reale del diritto conferito variava ampiamente, secondo gli usi locali: cfr. J.-P. Moreau, *Bail à domaine congéable, bail à complant*, in *JurisClasseur: Baux ruraux*, 2013, parr. 2, 27, 30. Nel senso di una facoltatività pare deporre il comma secondo dell'articolo L441-8.

[38] Cfr. *Cass. 3e civ., 24 nov. 2009, n. 08-22101*, in cui si evidenzia pure come l'inadempimento dell'obbligo di piantare possa dar luogo alla risoluzione del contratto.

il contratto ecceda i dodici anni[39]. La convenzione in perpetuo si presenta di problematica compatibilità con i principi generali del diritto civile francese, contrasto pur oggi attenuato dalla possibilità di affrancazione; in dottrina si è equiparata la concessione perpetua di tale diritto, traslativa di un diritto di proprietà, a una forma particolare di vendita in cambio di una rendita perpetua[40]. Il conduttore può cedere il proprio diritto; ciascuna delle parti del contratto gode di un diritto di prelazione in caso di alienazione del diritto dell'altro, tranne che nel caso in cui il conduttore lo ceda a un ascendente o discendente. Il venir meno della piantagione non comporta il venir meno del rapporto e del diritto reale del conduttore, che si trasferisce sulla nuova vigna in seguito ripiantata[41]. Il Codice rurale prevede la possibilità di un peculiare riassetto della situazione giuridica del fondo, su istanza tanto del locatore quanto del conduttore o della maggioranza dei conduttori (per un minimo dei due terzi dell'area coltivata): in mancanza di un accordo amichevole, si procede allora ad affrancare la proprietà attribuendo al proprietario del fondo e a ciascuno dei suoi conduttori una frazione di terreno equivalente in valore di produttività al valore del diritto in capo a ciascuno dei soggetti al momento in cui ha luogo

[39] J.-P. Moreau, *Bail à domaine congéable, bail à complant*, in *JurisClasseur: Baux ruraux*, 2013, par. 29.

[40] E, in quanto tale, riscattabile conformemente all'articolo 530 del *Code civil*: v. F. Danos, *Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie*, in *Rép. Defrénois*, 2012, n. 21, pp. 1071-1072.

[41] Cfr. Codice rurale, art. L441-2: "Si l'une des parties juge nécessaire la replantation de la vigne, elle devra se mettre d'accord avec l'autre. En cas de désaccord, elles devront recourir obligatoirement à l'arbitrage de l'autorité administrative, statuant comme amiable compositeur à la requête de la partie la plus diligente, parties entendues ou dûment appelées. Un délai maximum de quatre ans est accordé pour la reconstitution de la vigne à partir du 1er avril suivant la dernière récolte. […]"; art. 441-3: "La replantation sera faite entièrement aux frais du complanteur ; toutefois, à titre de compensation, il jouira gratuitement du sol les deux premières années après la dernière vendange. Si la replantation n'est pas faite au printemps de la troisième année, le propriétaire pourra exiger, à partir de la fin de la deuxième année, un prix de fermage établi sur la moyenne appliquée pour les terres de culture dans la région. En outre, le complanteur ne commencera à verser le quart ou le cinquième que pour la récolte correspondant à la cinquième pousse après la replantation. Il devra assurer tous les frais de culture et de traitements anticryptogamiques et la redevance réduite au quart ou au cinquième continuera d'être versée conformément au contrat et, à défaut, de la façon consacrée par les usages locaux".

l'operazione, tenuto conto delle condizioni locali e dedotta la superficie necessaria alle opere di utilizzo collettivo[42]. I rispettivi diritti sono stimati da un'apposita commissione arbitrale.

B. Bail emphytéotique

Per continuare la panoramica del diritto di superficie in Francia, sarà ora opportuno soffermarsi su un diverso istituto, altro diritto reale tramandato dalla tradizione di *ius commune* nei modelli giuridici tanto francese, quanto italiano, quanto belga: l'enfiteusi, a sua volta estrinsecazione per eccellenza di un principio giuridico del lavoro[43]. Nella storiografia del diritto, il suo ruolo è stato definito come una via di mezzo, un compromesso attraverso cui il proprietario conserva un'autorità su un bene di cui perde il godimento[44]. Il lettore italiano, abituato a una nitida distinzione di nozione e di regime tra superficie ed enfiteusi potrà essere stupito della digressione, sorpreso di

[42] V. anche Codice rurale, art. L441-4: "[…] Toutefois, l'aménagement ne peut être imposé au propriétaire lorsque la superficie d'un même domaine est inférieure à 15 ares ; dans ce cas, le propriétaire a le droit de racheter le complant, soit en espèces, soit en terre à son choix. […] Lorsqu'il y a lieu à aménagement, le propriétaire fixe à son choix l'assiette des terres qui sont attribuées aux complanteurs à la seule condition que la parcelle attribuée à chaque complanteur soit d'un seul tenant. Le paiement d'une soulte en espèces est exceptionnellement autorisé s'il y a lieu d'indemniser le propriétaire ou les complanteurs de plus-values, telles que clôtures, arbres, fumures, ensemencements et autres améliorations incorporées au sol". Art. L441-6: "Le parcellement et, s'il y a lieu, le regroupement éventuel par intéressé des parcelles, de façon à éviter les enclaves, sont effectués avec le concours de la direction départementale de l'agriculture comme en matière d'aménagement foncier agricole et forestier". Art. L441-8, secondo il quale, con la trascrizione presso i registri immobiliari dei contratti o sentenze relativi all'operazione di riassetto del fondo, "les privilèges et hypothèques de toute nature pouvant grever le fonds complant du chef du bailleur ou de ses précédents propriétaires sont cantonnés de plein droit sur la parcelle affranchie attribuée au bailleur ou sur une partie de cette parcelle. Dans les communes où le bail à complant est translatif de propriété au profit des complanteurs, les privilèges et hypothèques pouvant grever le fonds du chef des complanteurs ou de leurs auteurs sont cantonnés de la même façon sur la parcelle attribuée en toute propriété auxdits complanteurs".

[43] V. F. Ferrara, *La superficie delle piantagioni*, in *Rivista di diritto agrario*, 1941, I, p. 113.

[44] O. Faron, *À propos de la modernité de l'emphytéose*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 9-10.

dover passare per la seconda per meglio comprendere la prima. L'intreccio tra i due diritti reali è però radicato e indissolubile nell'ordinamento francese, dove la concessione di un diritto di enfiteusi, che in tale modello giuridico si presenta già strutturalmente incastonato in un rapporto contrattuale di locazione, è una delle più diffuse modalità di attribuzione ulteriore di un diritto di superficie: un diritto personale e due diritti reali che si troveranno quindi a circolare insieme per il seguito. Si tratta di un meccanismo delicato ma al tempo stesso duttile, idoneo alla messa a disposizione all'occupante per titolo convenzionale di un fondo delle concomitanti guarentigie di solidità e di versatilità rispetto agli interessi concretamente in gioco. Tali benefici sono offerti dall'insieme del diritto personale e dei due diritti reali conferiti: è un meccanismo, radicato nella tradizione, che ha poi ispirato tutti i modelli più recenti di locazioni reali.

a. *Cenni storici*

Si è trattato, in termini generali, dell'enfiteusi come di un istituto

> servito, in tutti i tempi, a sviluppare l'agricoltura, attraverso la creazione di un diritto reale a favore del coltivatore della terra, così da garantirne i risultati economici, al tempo stesso in cui al concedente si dava il diritto a vedere migliorato il fondo, col capitale impiegato dall'enfiteuta. Una tale alternanza di diritti spiega anche la diversa fortuna che l'istituto ha avuto attraverso i secoli, ora favorito dal legislatore per la sua funzione economica e quale correttivo del latifondo ed ora, invece, avversato per il supposto stato di soggezione economica creato a carico dell'enfiteuta col vincolo perpetuo che l'enfiteusi presuppone e sancisce[45].

La storia tormentata di questo istituto giuridico e la sua prossimità al corso dei rivolgimenti storici, politici e ideologici ne denotano notevolmente tanto i caratteri comuni tra i diversi modelli giuridici, quanto le specificità di ciascuno.

L'istituto nasce, a differenza del diritto di superficie, per far fronte a esigenze del mondo agrario e il suo antico sviluppo

[45] E. Favara, *Enfiteusi*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1964, p. 538.

storico si è svolto soprattutto in regioni ed epoche di ristagno economico e sociale, in corrispondenza alla concentrazione nelle mani di pochi grandi proprietari dei terreni coltivabili, messi poi sotto questa forma a disposizione dei piccoli possessori[46]. Nel diritto romano si erano formati alcuni antecedenti dell'enfiteusi: tale è in particolare il caso della locazione, perpetua o di lunghissimo periodo, degli *agri vectigales* dello Stato, dei municipi o di collegi sacerdotali, con attribuzione al conduttore privato, tenuto al pagamento di un canone annuo sotto pena di risoluzione, di ampli poteri, ma senza ancora che egli fosse destinatario di un obbligo di miglioramento: si discute sul carattere propriamente personale o reale del suo diritto[47]. In ogni caso, fu nei secoli tardi dell'impero, col crescere delle difficoltà economiche, che l'utilizzo di locazioni perpetue o di lunghissimo periodo trovò sempre più larga diffusione[48]. Nel IV secolo, si diffusero nell'Impero lo *ius emphyteuticum* propriamente detto (sui *fundi patrimoniales*) – la cui origine greca s'individua già dall'etimologia, legata all'obbligo di piantare dell'enfiteuta – e lo *ius perpetuum* (sui *fundi rei privatae*), che giunsero nel secolo successivo a saldarsi in un'unica figura, diritto reale sul fondo altrui (ormai anche ecclesiastico o, poi, privato) diretto al miglioramento dello stesso, che nel tempo fu oggetto d'interventi del legislatore imperiale volti a definirne la natura e il regime, fino alla recezione nel *corpus* giustinianeo[49]. Già nella

[46] L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, p. 3.

[47] L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 6-7, citando, come manifestazioni dei poteri peculiari di tale conduttore, il carattere indefinito o pressoché indefinito del godimento e prerogative quali quelle di far propri i frutti con la separazione, di trasmettere il diritto agli eredi e legarlo agli estranei, di disporne con atto tra vivi, anche dandolo in usufrutto o pegno, della tutela interdittale, della possibilità d'intentare un'azione reale, quindi anche contro terzi.

[48] V. L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, p. 8: "in armonia col bisogno, sentito vivamente dagli Imperatori, di migliorare le condizioni dell'economia e della finanza, e in particolare di favorire la produzione agricola; ciò imponeva di incoraggiare gli agricoltori con la lunga durata della concessione e con la tenuità dei canoni".

[49] V. E. Favara, *Enfiteusi*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1964, p. 539: l'istituto "trovò assetto nella celebre Costituzione dell'imperatore Zenone (1. 1, C., *De iure emphyteutico*, IV, 66) in cui la convenzione fu ritenuta essere un contratto *sui generis*,

legislazione imperiale si osservano l'intreccio e la confusione tra diritto (reale) di enfiteusi e rapporto (personale) contrattuale che a esso dà luogo, sia pure nella prevalenza del diritto reale nella ricostruzione concettuale dell'istituto[50].

Con la riscoperta del diritto romano, i glossatori e più tardi i commentatori cercarono di riordinare secondo le proprie categorie e concetti lo stato confusionario del diritto dell'epoca, caratterizzato da un sovrapporsi, variabile da luogo a luogo, di elementi di provenienza romana con elementi provenienti dai diritti consuetudinari dei germani invasori. L'enfiteusi parve a essi una nozione adatta per farvi confluire e assimilarvi concettualmente l'istituto del feudo, al centro dei rapporti sociali, economici e di potere politico del periodo medievale[51]. L'enfiteusi assumeva una connotazione via via più generica e oscillante, forzatamente adattata a contesti sociali così diversi, in cui la relazione tra soggetti s'incardinava sul rispettivo *status* e su rapporti di fedeltà personali. In questo modo, per il tramite del riconoscimento al vassallo che sfruttava il fondo di un'azione reale "utile", si giungeva alla teoria della scissione del dominio in utile e diretto[52], a cui il concetto di enfiteusi, così legatovi indissolubilmente, sarebbe rimasto intrecciato fino alla fine dell'*Ancien Régime* e, in qualche misura, fino ai nostri giorni. Nell'*Ancien droit* francese, malgrado gli sforzi di sistematizzazione dei giuristi, risulta pertanto difficoltoso distinguere l'en-

che non poteva dirsi né di vendita, né di locazione, ma definibile quale *ius tertium ab utriusque memoratorum contractuum sociatate seu similitudine separatum*. Ai concetti così accolti si attenne anche Giustiniano, per il quale l'enfiteuta è tenuto a conservare il fondo in buono stato e, se incolto, a porlo a coltura, migliorandolo e pagandone il canone convenuti. L'enfiteuta può alienare il suo diritto, ma pagando il 2% del prezzo (*laudemium*) o del valore del fondo, se la trasmissione avviene a titolo diverso dalla vendita, fermo, per il proprietario, il diritto di prelazione".

50 L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 12 ss.

51 Cfr. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Parigi, 2008, p. 73: "S'il paraît extravagant d'essayer de rapprocher un contrat de concession à long terme de terres en faveur d'un paysan exploitant, ayant pris l'engagement de planter sur le terrain loué, du fief dont le vassal était investi pour remplir ses obligations militaires, l'emphytéose était traitée dans des textes ambigus de la compilation de Justinien – les emphytéotes sont qualifiés de « *fundorum domini* » dans C. 11, 61, 12 et ne sont pas considérés comme propriétaires (« *non efficiuntur domini* ») dans D. 6, 3, 1, 1".

52 J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Parigi, 2008, p. 73.

fiteusi (teoricamente praticabile su soli fondi allodiali) da altri istituti propriamente di origine germanica utilizzati, in una reciproca contaminazione variabile a seconda dei luoghi, con una certa confusione di distinzioni e denominazioni, per rispondere a esigenze sociali simili[53], quali il *bail à cense*[54] e il *bail à rente foncière*[55], nonché lo stesso feudo[56]. Tra l'altro, il confine tra enfiteusi, superficie e locazioni di lungo periodo o perpetue si faceva molto labile, fin quasi alla scomparsa[57].

Allontanatasi nel tempo dalla nozione di mero *ius in re aliena*, l'assimilazione dell'enfiteusi, attraverso l'elaborazione dei romanisti[58], a un mezzo di scissione del dominio in utile e diretto, e quindi la sua identificazione con una reliquia del feudalesimo, ne faceva al pari della superficie un istituto malvisto all'indomani della Rivoluzione francese, in un'atmosfera di rottura

[53] E. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, pp. 219 ss.

[54] Altra forma, prettamente feudale, di scissione in dominio utile e diretto, che "n'est permis qu'au propriétaire d'un fonds noble: c'est même le seul mode suivant lequel le seigneur d'un fief puisse en aliéner une partie en l'arroturant" : E. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, pp. 229-230. Del *bail à cens* era anche diffusa la variante del *bail à bourdelage* (pp. 256-257): "Le bail à bourdelage conférait au preneur un droit réel, perpétuel, et qui embrassait toutes les prérogatives, naturellement comprises dans le droit de jouissance. Mais, ce droit comportait des restrictions qui l'identifiaient presque absolument avec celui que la *pure théorie romaine* reconnaissait à l'emphytéote, et qui le distinguaient sensiblement des droits du « seigneur utile censier »".

[55] Che, in linea di principio, "transporte, sans réserve, tous les droits du bailleur au preneur : il n'y a rien d'équivalent à la directe seigneuriale ou même simplement emphytéotique": E. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, pp. 229-230.

[56] V. E. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, pp. 229-230: "Le vassal, comme l'emphytéote, ne possédait qu'à la charge de reconnaître un titre supérieur au sien. Son droit sur le fief pouvait être plus étendu que le droit de l'emphytéote sur le fonds emphytéotique : mais l'expression caractéristique de « possession dérivée » convenait presque aussi bien à la possession de l'un qu'à celle de l'autre".

[57] L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 52 ss.

[58] Cfr. L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, p. 32: "I glossatori, nel tentativo di chiarire meglio la natura di vari rapporti giuridici, fraintesero il diritto romano immaginando un utile dominio in tutti i casi in cui il diritto romano dava l'*actio utilis*. Di qui la distinzione fra *dominium directum* e *dominium utile*, sul terreno dell'enfiteusi, come su quello del feudo".

con il passato e di affermazione di una nozione di proprietà solida e unitaria. La legislazione del periodo rivoluzionario interveniva allora più volte sull'enfiteusi, al fine di prevenirne ogni impiego volto a instaurare situazioni di doppio dominio: così, in particolare, la legge del 18-29 dicembre 1790, che escludeva pro futuro la stipulazione di nuovi contratti di enfiteusi perpetui[59], ponendo a 99 anni la durata massima del rapporto contrattuale, e stabiliva la riscattabilità dei canoni perpetui per le enfiteusi già esistenti, spogliando delle prerogative di domino diretto il concedente[60]; la legge del 9 messidoro dell'anno III, che, mentre affermava la suscettibilità d'ipoteca del diritto reale attribuito da una locazione enfiteutica quando ne rimanessero ancora almeno 25 anni di godimento, sembrava assimilarlo a una sorta di usufrutto; la legge dell'11 brumaio dell'anno VII, che, ribadendo il principio della legge precedente, pareva nondimeno distinguere concettualmente le due figure di diritti reali. Liberato della veste del doppio dominio, l'istituto poteva così riavvicinarsi alla nozione da cui aveva preso le mosse nel tardo diritto romano, come locazione di lunga durata idonea a conferire al conduttore un diritto reale di godimento[61]. In verità, vi erano anche voci in dottrina che – con prossimità alla soluzione successivamente adottata in Italia – rileggevano l'enfiteusi nel suo percorso storico come una convenzione *sui generis*, smembramento del diritto di proprietà con caratteri autonomi e distintivi da ogni altro diritto reale o personale, pur presentando caratteri comuni tanto con i contratti di vendita della proprietà, quanto con quelli di usufrutto, quanto, ancora, con quelli di

[59] Ma per la *Cour de Cassation* la stipulazione di una rendita o canone perpetuo nel quadro di una locazione enfiteutica successiva all'emanazione della legge non aveva come conseguenza la nullità del contratto, ma soltanto la riscattabilità della rendita o canone: *Cass. civ., 15 déc. 1824, S., 1824, I, 596*; cfr. R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859, p. 159: "Un bail emphytéotique perpétuel serait désormais une véritable aliénation de la propriété; le preneur serait maître de la chose comme un acheteur; le bailleur n'aurait qu'une créance, sujette à remboursement".

[60] E. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, p. 331.

[61] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 461.

locazione[62]: è invece a quest'ultimo ambito che il legislatore francese sarebbe poi giunto a ricondurla definitivamente.

Come si è già osservato per la superficie – e per ragioni non dissimili – anche l'enfiteusi non era citata nel *Code* napoleonico, che all'articolo 530 confermava in generale, come già nella legislazione rivoluzionaria, la riscattabilità di ogni rendita perpetua, fosse essa concordata come prezzo per la vendita di un immobile o come condizione per la cessione a titolo oneroso o gratuito di un fondo. Nel silenzio del testo in proposito, si poneva allora la questione della sopravvivenza della sola enfiteusi temporanea, non solo come locazione a lungo termine (certamente configurabile), ma in quanto vero e proprio diritto reale immobiliare, quale tradizionalmente concepito, suscettibile d'ipoteca, di procedura di esecuzione immobiliare e di tutela per mezzo di azione possessoria[63]. Proprio la mancanza di ogni richiamo all'istituto, anche tra i beni ipotecabili, rendeva infatti incerta la volontà del legislatore di abrogare il diritto previgente in materia di enfiteusi, fermo restando in ogni caso, qualora si fosse voluto ritenere sopravvissuta tale disciplina, il suo necessario adattamento ai principi ispiratori della nuova legislazione. Gli autori esprimevano pertanto avvisi divergenti e, anche quando concorrenti, variamente sfumati, tra gli assertori di una degradazione delle prerogative dell'enfiteuta a quelle di un semplice locatario di lungo periodo[64], chi poneva lo stesso in una situazione di tito-

[62] C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi, 1870, pp. 373-376, evocando a sostegno di tale interpretazione il succitato imperatore Zenone.

[63] E. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, pp. 340-341; M. Vidal, *Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIXe siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, pp. 263-273; O. Faron, *À propos de la modernité de l'emphytéose*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 9 ss.

[64] C.E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, t. II, Parigi, 1813, pp. 557-558; J. Grenier, *Traité des hypothèques*, IV ed., Bruxelles, 1833, p. 190; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi, 1870, pp. 391-392, secondo il quale o la convenzione delle parti ha inteso traslare la piena proprietà, o non é che una locazione di lunga durata, non essendo stata l'enfiteusi recepita nel Codice napoleonico; Ch. Aubry, Ch.- F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la*

larità di un diritto reale di godimento imparentato con l'usufrutto[65] e non assimilabile a una proprietà temporanea[66], chi ne sottolineava la sottoposizione alle regole della tradizione fatte salve le disposizioni inderogabili del *Code*[67] e chi in aggiunta a ciò continuava a sostenere una lettura dell'istituto come forma sia pur temporanea di scissione tra dominio utile e diretto[68]. Un punto interessante risiede nella lettura che si dava in dottrina delle fonti del diritto di enfiteusi. Se già allora – come poi, con soluzione ben diversa da quello italiano, sarebbe stato consacrato dal legislatore francese, togliendo in tal modo ogni fondamento alla prospettazione di fonti dell'enfiteusi differenti da un contratto di locazione – la tradizione identificava tendenzialmente l'enfiteusi con il diritto conferito da una particolare locazione di lunga durata[69], facendo quindi della convenzione la fonte per eccellenza di tale diritto, in dottrina si discuteva

méthode de Zachariae, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, pp. 646 ss.

65 A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, II ed., Parigi, 1828, pp. 70 ss.

66 E. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, pp. 348 ss.

67 C.B.M. Toullier, J.-B. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code: ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, t. XVIII, continuazione (3), V ed., Parigi, 1836, pp. 142-144; R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859, pp. 161-162.

68 V. P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. VI, IV ed., Bruxelles, 1829, p. 291: "Du reste, il n'y a rien dans le Code civil qui s'oppose à ce que, sous son empire, l'emphytéote temporaire soit réduit, comme il l'était sous la loi du 11 brumaire an 7, au domaine utile ; à ce que, sous son empire, comme sous la loi du 11 brumaire an 7, l'Emphytéose temporaire ne conserve au bailleur le domaine direct, puisqu'à l'instar de la loi du 18-29 décembre 1790, à laquelle se référait l'art. 7 de la loi du 11 brumaire an 7, le Code civil ne déclare essentiellement rachetables que les seules *rentes perpétuelles* ; puisqu'elles sont les seules rentes qu'il mobilise ; puisque, par là, il maintient, non seulement comme irrachetables, mais encore comme foncières, comme faisant partie des fonds qui en sont grevés, les rentes qui forment le prix d'une cession temporaire de propriété".

69 R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859, p. 105, introduceva l'enfiteusi come una *species* del *genus* locazione.

anche la possibilità, come per ogni altro diritto reale, di acquistare l'enfiteusi per testamento[70] o per usucapione[71].

Meno esitazioni mostrava la giurisprudenza, di cui si è già osservata la tendenza non solo recente a non considerare tassativo il novero dei diritti reali espresso dal legislatore. Così, già nei primi decenni di applicazione del *Code*, la *Cour de Cassation* statuiva in favore della facoltà dell'enfiteuta di avvalersi, anche contro il concedente, sussistendone i requisiti, dell'azione possessoria in *complainte*, trovandosi in una situazione diversa rispetto al semplice locatario e pertanto non detentore a titolo precario come quest'ultimo; la Corte faceva inoltre propria una nozione di enfiteusi come contratto idoneo a smembrare il dominio[72] in diretto, manifestato dalla rendita del concedente, e utile, che dà luogo a un pieno godimento dei frutti e che l'enfiteuta possiede in qualità di proprietario, potendone disporre col solo limite della non lesione dei diritti del concedente. A giudizio

[70] Cfr. Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 646, nota 4: "L'emphytéose se constitue par contrat ou par testament"; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, p. 446, pur trattando la questione come puramente teorica: "Il va sans dire qu'il n'y a pas d'emphytéose sans redevance ; le testateur devra donc mettre cette charge à son legs ; l'acceptation du légataire sera aussi nécessaire pour qu'il y ait emphytéose, puisqu'il ne peut être obligé sans son consentement"; l'Autore escludeva quindi che un diritto di enfiteusi potesse discendere da una donazione (p. 500): "quand le prix est de l'essence du contrat, la donation proprement dite devient impossible. Il en est ainsi de l'emphytéose"; per il dibattito sulla prospettabilità o meno di una donazione (propriamente parlando o indiretta) di enfiteusi nella dottrina italiana contemporanea, v., con posizioni diversificate, B. Biondi, *Le donazioni*, Torino, 1961, 354; C. Iacovino, V. Tavassi, T. Cassandro, coordinati da A. Cataudella, *La donazione*, Milano, 1996, pp. 194-195; A. Torrente, *La donazione*, II ed. aggiornata a cura di U. Carnevali, A. Mora, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2006, p. 284; G. Benetti, *La donazione di diritti*, in G. Bonilini (diretto da) *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, VI: *Le donazioni*, Milano, 2009, pp. 476-482; G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 64-73.

[71] F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 450-452, era propenso ad ammettere una risposta positiva alla questione, pur auspicando una soluzione legislativa per precisarne il meccanismo: un intervento del legislatore che invece, una volta giunto, avrebbe finito per precludere radicalmente la questione.

[72] *Cass. req., 22 juin 1885, D., 1886, I, 268.*

della Cassazione, tali disposizioni proprie del diritto romano sarebbero state ammesse in Francia tanto nelle aree di diritto scritto quanto in quelle di diritto consuetudinario e mai modificate dal *Code civil*, che non aveva trattato la materia[73]. Ancora, nel corso del XIX secolo, le pronunce della *Cour de Cassation* sul tema confermavano e sviluppavano l'assunto di una permanenza dell'enfiteusi nel sistema francese dei diritti reali[74]. Sulla base di un'idea di enfiteusi come istituto volto a operare la traslazione e l'alienazione a tempo della proprietà di un immobile, che l'enfiteuta possiede per un determinato periodo a titolo di proprietario, potendone nel frattempo ampiamente disporre, fatto salvo l'esercizio dei diritti del concedente al momento dell'espirazione del contratto, la Corte, avallando un mutamento d'indirizzo dell'Amministrazione, riteneva l'atto di locazione enfiteutica una cessione di bene immobile, sottoposto a una tassazione differente e più gravosa rispetto a una locazione ordinaria[75]. Il succedersi, pur oscillante, di pronunce che mettevano di volta in volta l'accento sulla funzione di scomposizione in senso ideale, richiamandosi più o meno esplicitamente alla teoria del dominio utile e diretto[76], ovvero in senso temporale[77]

[73] *Cass. civ., 26 juin 1822, S., 1822, I, 99*: una reviviscenza di concezioni proprie dell'*Ancien droit* che raccoglie le critiche di F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 424-425, reciso nel negare all'enfiteuta il carattere di proprietario del fondo.

[74] *Cass. req., 12 mars 1845, D., 1845, I, 105*: "l'emphytéose se distingue du bail à ferme en ce qu'elle transmet au preneur un jus in fundo, un quasi-domaine".

[75] *Cass. civ., 1 avr. 1840, S., 1840, I, 433*. Similmente, la *Cour de Cassation* decideva lo stesso giorno, in un altro caso, che la successione *mortis causa* in un diritto di enfiteusi doveva essere tassata come trasmissione di un diritto di natura immobiliare: *Cass. civ., 1 avr. 1840, S., 1840, I, 433*.

[76] V. per es. *Cass. civ., 26 avr. 1853, D., 1853, 1, 145*, che definisce l'istituto come un diritto immobiliare con prerogative più ampie di quelle di un semplice usufrutto, costituito in favore di un conduttore, sul suolo e i relativi accessori, sicché la peculiarità di una locazione enfiteutica rispetto a una ordinaria risiederebbe nel fatto che la prima opererebbe, nel corso della sua durata, la divisione della stessa proprietà in due parti ideali, "l'une réservée au bailleur et représentée par le canon emphytéotique; l'autre attribuée au preneur, et comprenant la jouissance de l'immeuble concédé à titre d'emphytéose, avec le droit de changer la superficie, de disposer par vente, donation, échange, hypothèque ou autrement".

[77] *Cass. civ., 24 juillet 1843*, riportata in M.D. Dalloz *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence*, t. XXII, 1850, Parigi, voce *Enregistrement*, pp. 61-62, nota 3: "l'effet propre au bail emphytéotique est

del diritto di proprietà attuata dalla locazione enfiteutica[78] evidenziava probabilmente diverse sfaccettature della flessibilità e dell'adattabilità proprie dell'istituto, che ne hanno fatto la fortuna in epoca contemporanea. È la stessa giurisprudenza a cimentarsi nell'identificare, anticipando di decenni il legislatore, gli elementi essenziali per la qualificazione di una locazione come enfiteutica: il carattere reale del diritto conferito, la lunga durata del periodo di godimento del bene immobile, il diritto di disporne in maniera quasi assoluta, potendo esercitare su di esso tutte le prerogative del dominio utile, la modicità del canone, la finalizzazione a un miglioramento del fondo e l'obbligo dell'enfiteuta di sopportare gli esborsi per effettuare le migliorie convenute, che torneranno senza indennità al concedente allo scadere del contratto[79].

Del persistere dell'enfiteusi nella prassi sociale, riconosciuto dalla giurisprudenza, finiva per prendere atto il legislatore, che consacrava e tipicizzava l'istituto, in un intento di positivizzazione delle sue caratteristiche principali, eliminando – com'era stato auspicato in dottrina[80] – l'aura d'incertezza e di oscillazione che ancora poteva circondarlo[81], soprattutto per quanto riguardava la fissazione degli elementi essenziali. La legge del 25 giugno 1902, che si poneva ampiamente nel solco delle soluzioni che la giurisprudenza aveva adottato nel corso del tempo[82], rece-

d'opérer l'aliénation à temps de la propriété de l'immeuble donné en emphytéose"; *Cass. civ., 23 févr. 1853, D., 1853, I, 53*.

[78] V. M. Vidal, *Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIXe siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, p. 271: "si la Cour de cassation considère alternativement le bail emphytéotique comme opérant un dédoublement de la propriété en domaine direct et domaine utile ou comme translatif de la propriété, elle n'hésite pas à faire surgir, dans le même temps, la conception d'un quasi-domaine".

[79] Cfr. *Cass. civ., 24 août 1857, D., 1857, I, 326*; *Cass. civ., 26 janv. 1864, D., 1864, I, 83*, che peraltro, tra i vari elementi presi in considerazione, sembrano valutare in maniera differente, ai fini della qualificazione del contratto, la clausola che mantiene in capo al concedente le azioni concernenti la proprietà del bene locato; *Cass. civ., 11 nov. 1861, D., 1861, 1, 444*.

[80] F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 429-431.

[81] Pur di quando in quando riaffiorante anche in vicende giudiziarie più recenti: cfr. *Cass. 1re civ., 5 juin 1956, D., 1957, I, 495*.

[82] Per un quadro piuttosto completo dello stato di giurisprudenza e dottrina in tema di enfiteusi nel corso del XIX secolo, molte delle cui soluzioni sono oggi

piva così l'enfiteusi, successivamente integrata nel Codice rurale (dapprima agli articoli 937 e seguenti, poi spostati agli articoli L. 451-1 e seguenti dal *décret* n. 83-212 del 16 marzo 1983).

Il *bail emphytéotique* di diritto privato, da distinguersi dal più recente istituto di diritto amministrativo, che sarà trattato più avanti, risulta quindi attualmente regolato dagli articoli L451-1 a L451-13 del Codice rurale e della pesca marittima, che compongono un titolo V all'interno del libro IV dedicato agli affitti agrari.

Le similitudini tra i percorsi storici dei due istituti dell'enfiteusi e della superficie sono numerose, senza che le divergenze appaiano trascurabili: entrambi estranei alla concezione originale romana del *dominium*, ma, di sviluppo tardo nella storia del diritto romano, nati nell'alveo di rapporti di locazione e poi assurti alla sfera della realità; entrambi caduti con il Medioevo in uno stato di relativa indistinzione delle nozioni, al punto di una certa confusione concettuale tra le due figure[83]; entrambi ricondotti a forme non assolute di proprietà nella cornice della teoria del doppio dominio e per questo malvisti dai rivoluzionari del 1789 e neanche citati nel testo del *Code civil*; inoltre, entrambi recuperati dal diritto vivente d'oltralpe degli anni successivi (ma solo l'enfiteusi poi recepita e disciplinata dal legislatore), fino a una decisa rivitalizzazione negli ultimi decenni, al fine di rispondere alle istanze complesse del mondo contemporaneo delle costruzioni, senza che il reciproco intreccio venisse mai a cadere; infine, entrambi (l'enfiteusi già nel 1865, la superficie nel 1942) invece via via recepiti nelle codificazioni italiane, che nel nostro ordinamento ne hanno a un certo momento cristallizzato le nozioni. D'altro canto, però, la genesi di superficie ed enfiteusi avviene per rispondere a istanze diverse, la prima a quelle dell'urbanizzazione e della difficoltà di reperire in città nuovi terreni edificabili, la seconda, a fronte di una fase di decadenza economica, volta a permettere la messa a disposizione

rinvenibili nella disciplina legislativa e nella sua interpretazione da parte dei giudici, v. *Louage emphytéotique*, in M.D. Dalloz *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence*, t. XXX, Parigi, 1853, pp. 579 ss.

[83] Cfr. L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 52-53.

di terre a coltivatori non più pieni proprietari di esse. Solo il rimescolamento di concetti e concezioni giuridiche che caratterizzò il periodo medievale del diritto può spiegare gli elementi di sovrapposizione verificatisi tra i due istituti, che in qualche modo ancora permangono nell'esperienza francese. Probabilmente, l'elemento di parentela che più salta agli occhi risiede nell'estrema fluidità di entrambe le figure – in parte ridotta quando ne avvenga la cristallizzazione in un qualche quadro normativo definito – in quanto nozioni idonee a stirarsi, espandersi e contrarsi[84] per coprire agevolmente istanze diverse di completamento dei sistemi delle regole di appartenenza a fonte del mutare e del rinnovarsi delle istanze sociali, anche sfruttando le contaminazioni reciproche tra l'una e l'altra.

Può osservarsi come nella dottrina francese del XIX secolo s'inquadrasse in modo variabile il rapporto tra superficie ed enfiteusi, da una loro quasi identificazione reciproca[85] alla posizione che considerava il diritto dell'enfiteuta come più ampio, in quanto esteso non solo alla superficie, bensì "au fond et à la superficie *et in universo praedio*"[86]; e spesso la costituzione

[84] Cfr. B. Brugi, *Dell'enfiteusi*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, vol. II, II ed., Napoli, Torino, 1929, p. 266: "Se leggiamo i nostri antichi, ci viene innanzi soventi volte e da più aspetti l'affermazione che il contratto d'enfiteusi non ha una propria natura, ma prende la figura convenzionale che le parti gli impongono. E, secondo la famosa costituzione zenoniana, ci viene insegnato che i patti aggiunti ad un contratto d'enfiteusi s'intendono essere della sua natura".

[85] A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, II ed., Parigi, 1828, pp. 67 ss.

[86] R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859, p. 137; aggiunge di seguito l'Autore "Si je vous loue un terrain pour soixante ans afin que vous y bâtissiez, je vous concéderai un droit de superficie qui fait que pendant toute la durée du contrat vous serez maître de la maison, mais vous ne serez que superficiaire ; car vous n'avez droit qu'à la maison qui forme la superficie du terrain. Mais si je vous donne une terre inculte pour que vous l'amélioriez par tous les assolements, plantations, constructions, défrichements que vous voudrez, je vous concéderai plus que le droit de disposer de la superficie ; vous aurez un droit sur le sol ; vous serez emphytéote"; v. anche F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 497-498, che osserva l'ulteriore differenza della possibilità di conferire un diritto di superficie, ma non uno di enfiteusi, a titolo gratuito; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi, 1870, p. 372, richiamandosi a sua volta a Cujas.

ulteriore di un diritto di superficie nel caso di edificazione da parte dell'enfiteuta, nell'assenza di una convenzione sul punto, non era considerato una conseguenza necessaria del regime dell'enfiteusi, affermandosi più semplicemente l'estensione del diritto reale (o, secondo alcuni autori, meramente personale nel sistema del Codice[87]) di enfiteusi alle opere realizzate[88]. Proudhon individuava a sua volta alcuni caratteri distintivi fra i due diritti, tra i quali, oltre al diverso oggetto materiale (il fondo nel suo complesso ovvero uno o più elementi di soprassuolo), l'essenzialità di un canone da pagare da parte dell'enfiteuta, a differenza che per la superficie, e la traslazione del dominio utile del fondo operata, a suo dire, dall'enfiteusi, ma non più, al suo tempo, dalla superficie[89]. Nel dibattito contemporaneo, la diversa natura dei due diritti è tanto più evidente per quegli autori che aderiscono alla teoria monista, facendo del diritto di superficie nient'altro che un diritto di proprietà, mentre dell'enfiteusi un mero smembramento del dominio[90]. Sia che si parta dal presupposto della ricostruzione monista, sia da quella dualista, sembra in ogni caso congruo mantenere i due diritti di

[87] E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, pp. 158-159.

[88] Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 8, nota 7, p. 649; G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, p. 28.

[89] J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, pp. 563-565; v. anche J.-E. Labbé, *Note sous Cass. civ., 16 déc. 1873*, in *S.*, 1874, I, p. 458, secondo il quale: "La différence avec le droit spécial de superficie se montre sous deux rapports. L'emphytéote s'oblige à mettre en culture ou à construire ; il paie une redevance. […] Malgré toutes les différences que l'on peut signaler il existe entre ces droits et le droit de superficie une ressemblance fondamentale, en ce qu'ils offrent ou offraient dans le droit ancien un démembrement perpétue de la propriété, en ce que celui qui a la propriété du sol, l'élément principal de la propriété, subit ou subissait un assujettissement, n'est ou n'était pas libre de réaliser tous ses projets d'amélioration, doit ou devait compter avec un autre de la portée des actes qu'il veut accomplir", soggiungendo che la scelta del legislatore, per l'Autore censurabile, di proscrivere l'enfiteusi perpetua senza fare lo stesso per la superficie, lasciando solo quest'ultima come uno smembramento perpetuo della proprietà, costituisce un'anomalia nel sistema.

[90] P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, p. 569.

enfiteusi e di superficie come figure logicamente distinte, il primo – nella forma esclusiva nell'ordinamento francese contemporaneo di locazione enfiteutica – come uno dei possibili assetti convenzionali suscettibili di dar luogo a un diritto di superficie, il secondo come un diritto reale idoneo al trasferimento della sola utilità edificatoria del bene immobile e non del più ampio insieme di utilità dominicali, vicino alla nozione di *Ancien droit* di dominio utile, trasferite dall'enfiteusi. Eppure, nella pratica, la forma di locazione enfiteutica oggi ampiamente più diffusa, quella urbana, è concretamente rivolta a trasferire al conduttore proprio l'utilità edificatoria, l'unica a cui esso abbia un effettivo interesse, sicché la distinzione tra i due diritti reali conferiti si fa sempre più sottile e teorica. È probabilmente sviluppando questo assottigliarsi della differenza nelle enfiteusi urbane che le locazioni superficiarie che a esse si sono ispirate, come loro evoluzioni più sofisticate volte a realizzare determinati equilibri d'interessi, conferiscono al conduttore un diritto reale che s'identifica completamente e coincide con il diritto di superficie, variamente conformato dal legislatore secondo l'assetto di volta in volta desiderato. Si osservi, infine, che, in Francia, l'enfiteusi ha carattere necessariamente temporaneo, mentre la superficie, di per sé, ha vocazione alla perpetuità.

Nella dottrina italiana, sotto il codice del 1865, che regolava l'enfiteusi ma non la superficie, i rapporti tra le due figure non ponevano molti problemi a chi non riconosceva che l'esistenza di una proprietà superficiaria sul soprassuolo o sue parti[91], mentre, da chi affermava anche la sussistenza di un diritto reale di superficie sul suolo altrui, la differenza era ricondotta alla mancanza nella superficie della facoltà di affrancazione e alle più ristrette utilità cedute al superficiario, di cui si discuteva se fosse anch'egli tenuto al pagamento di un canone come elemento essenziale[92]. Sotto il Codice del 1942, la separata disciplina dei

[91] L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, p. 273.

[92] Cfr. B. Brugi, *Dell'enfiteusi*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, vol. II, II ed., Napoli, Torino, 1929, p. 331, che (stessa pagina e s.) sottolinea anche la differenza di finalità economiche dei due istituti, l'uno "diretto a migliorare le terre e a mutare, sotto

due istituti, che ne regola differentemente il regime, ne previene più radicalmente ogni tentazione di confusione o di sovrapposizione. In tale contesto, l'ambito di esistenza del diritto di superficie, rispetto all'enfiteusi (ma anche all'usufrutto), si caratterizza per la specificità preponderante dello scopo edificatorio invece che di un potere generale di godimento sull'immobile e quindi per la possibilità d'invocare giudizialmente una condotta di astensione limitata a tale scopo invece che la stessa non ingerenza rivendicabile dal *dominus*[93]. Come si vedrà più diffusamente, la diversa configurazione del rapporto tra le figure dell'enfiteusi e della superficie è in massima parte debitrice delle differenze tra le loro vicende storiche nei due ordinamenti. In particolare, il legislatore italiano codificò l'enfiteusi già nel 1865 (come già era avvenuto in molti codici preunitari) e la superficie nel 1942, sottraendole dal limbo d'indeterminatezza che, nel tempo, in Francia si è probabilmente rivelato come un loro fattore di forza. Si proporrà più avanti un paragrafo di messa a confronto dell'enfiteusi francese con quella italiana. Per ora, basti al lettore italiano osservare come possa risultare opportuno spogliarsi delle concezioni del proprio sistema, in cui i due diritti reali sono distintamente presi in considerazione e regolati, per immergersi in un ordine giuridico in cui il loro intreccio è invece un elemento strutturale, consolidato in una configurazione forse teoricamente meno rigorosa, ma che ha mostrato un alto grado di utilità rispetto alle istanze sociali soprattutto del mondo delle costruzioni.

b. *Natura e finalità del contratto*

Nel diritto francese di oggi, l'enfiteusi è il diritto reale attribuito da un contratto di locazione anomalo, sempre a titolo

certe condizioni, il coltivatore in proprietario", l'altro "diritto di godimento, già completo in sé senz'altra aspettativa" rispondente alle esigenze poste dal desiderio del proprietario di conservarsi il sottosuolo e dal minor costo della superficie senza la proprietà del sottosuolo.

[93] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 254-255.

oneroso[94] e avente per oggetto solo beni immobili, disciplinato nel Codice rurale. Convivono in tale figura, in un legame indissolubile, gli aspetti di una locazione e di un diritto reale di enfiteusi[95], corredati dell'ulteriore diritto reale di superficie, dando una veste del tutto peculiare agli obblighi tra le parti. La locazione enfiteutica risulta l'archetipo di ogni successivo sviluppo della disciplina legislativa delle locazioni che attribuiscono diritti reali (di superficie). La collocazione delle norme non deve trarre in inganno sull'ambito di diffusione dell'istituto, che non si limita ai soli contesti rurali. Malgrado oggi, come si vedrà, il suo utilizzo in ambiti urbani subisca la concorrenza di altri modelli contrattuali più specificamente predisposti per rispondere alle esigenze di edificazione di fondi urbani, la locazione enfiteutica resta uno strumento disponibile tanto nelle campagne quanto nelle città[96], dove, diffusasi in misura crescente nel corso del tempo[97], spesso ha per oggetto fondi da edificare o da adibire ad attività commerciali[98]. Si conferma così, come la dottrina francese ha pienamente compreso[99], la malleabilità dello strumento, adatto a rispondere a esigenze sociali variegate, il cui asse si è spostato dalla messa o rimessa in coltura o modificazione del tipo di coltivazioni installate ad ampie opere di rinnovamento urbanistico, nonché di messa a disposizione dei costruttori di terreni pubblici per edificarvi alloggi sociali[100], dopo l'esplosione demografica delle città. La differenza di disciplina e di

[94] H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 412.

[95] Cfr. M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, *Traité pratique de droit civil français: les biens*, t. III, Parigi, 1926, pp. 937 ss.; M. Planiol, G. Ripert, J. Hamel, B. Perrau, *Traité pratique de droit civil français: contrats civils*, t. X, parte I, Parigi, 1932, pp. 876 ss.

[96] J. Viatte, *Du bail emphytéotique*, in *Revue des loyers*, 1973, p. 305; C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 463-464.

[97] E.E. Frank, *Le bail à très long terme: l'emphytéose*, in *Administrer*, 1988, n. 187, p. 4.

[98] J.-M. Le Masson, *Note sous Cass. 3e civ., 10 avr. 1991, n. 89-20276*, in *D.*, 1992, J., pp. 376 s.

[99] J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (I partie)*, in *Petites affiches*, n. 101, 1992, pp. 8-9.

[100] C. Saint-Alary-Houin, R. Saint-Alary, *Droit de la construction*, X ed., Parigi, 2013, p. 21.

elementi essenziali rispetto, in particolare, al *bail à construction*, pone liberamente le parti contraenti di fronte alla scelta dello strumento di cui avvalersi anche in contesti urbani, secondo le proprie specifiche esigenze. Si vede così smentita quella risalente dottrina che – a fronte di una tendenza al diradamento di questi contratti in ambito rurale, col tempo dimostratasi effimera[101] – considerava l'enfiteusi, espressione di assetti proprietari pre-rivoluzionari, come un istituto destinato a giocare un ruolo economico e sociale sempre più residuale, in quanto smembramento limitativo delle potenzialità di circolazione della proprietà nella sua interezza[102]. La destinazione dell'immobile e l'attività esercitatavi risultano allora di per sé indifferenti ai fini della qualificazione enfiteutica della locazione[103], la cui funzione comporta il trasferimento di ampie prerogative dominicali, di cui l'enfiteuta si può potenzialmente giovare secondo le modalità più varie. Peraltro, l'enfiteuta non è affatto obbligato a sfruttare egli stesso il fondo concesso e, qualora non intenda utilizzarlo personalmente, non è tenuto ai fini del perfezionamento del titolo a presentare la relativa richiesta di autorizzazione all'Autorità amministrativa[104].

Vale la pena osservare il permanere dell'enfiteusi francese, a differenza tanto del presente quanto del precedente Codice in Italia, nella legislazione speciale, nonché, come nel precedente Codice italiano ma a differenza di quello attuale, la sua sistematizzazione come contratto e tra contratti – nello specifico, tra i contratti di affitto agrari – piuttosto che insieme agli altri diritti reali. La controversa vicenda storica dell'enfiteusi in Francia dopo la codificazione del 1804 può spiegare queste sue caratteristiche, ma lo sparpagliamento della normativa fuori del *Code civil*, confermata e moltiplicata dalle locazioni reali di più recente introduzione, pone un sensibile

[101] J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (I partie)*, in *Petites affiches*, n. 101, 1992, pp. 8-9.

[102] R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859, p. 161.

[103] *Cass. 3e civ., 3 déc. 1980, Gaz. Pal., 1981, Panorama*, 115; *CA Bastia, Ch. civ., sect. 1, 24 oct. 2007, n. 06/341.*

[104] *Cass. 3e civ., 17 oct. 2004, n. 02-21314.*

problema di dispersione della disciplina e ne rende maggiormente difficoltoso, tanto più per i non specialisti della materia, il reperimento e l'inquadramento. La sollecitata riforma del diritto dei beni in Francia, che restituisca al *Code civil* una centralità e un ruolo di punto di riferimento nel sistema, pare più che mai necessaria nei settori che hanno risentito in misura più consistente della fuga dal Codice.

L'articolo 451-1 del Codice rurale non definisce la locazione enfiteutica[105], limitandosi a specificarne il carattere reale, suscettibile d'ipoteca, la cedibilità e la soggezione a procedura di esecuzione immobiliare; ne indica pure i limiti di durata, che le parti possono convenire sopra i 18 anni ed entro un massimo di 99 anni, con divieto di riconduzione tacita[106]. Qualche altra informazione sull'istituto, al fine di comprenderne la natura, si trae dallo stesso articolo e da quello seguente: non può che avere per oggetto beni immobili e può essere consentito dai soli soggetti aventi il diritto di alienare la cosa[107] e alle stesse forme e condizioni, con specifiche disposizioni in caso di appartenenza a minori o maggiorenni sotto tutela. Sviluppando l'analogia

[105] Per una definizione dottrinale, v. J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (I partie)*, in *Petites affiches*, n. 101, 1992, p. 7: "Le bail emphytéotique est traditionnellement défini comme un bail immobilier de très longue durée, conférant au preneur un droit réel, cessible et susceptible d'hypothèque, à charge pour lui d'améliorer le fonds en échange d'un loyer modique, les améliorations bénéficiant au bailleur en fin de bail sans qu'il ait à indemniser l'emphytéote. Cette définition, issue de l'antiquité, mérite d'être réactualisée afin de mettre en valeur l'intérêt que présente ce type de contrat […]"; v. anche Ch. Beudant, R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, J. Brethe de la Gressaye, *Cours de droit civil français*, t. XI: *la vente, le louage des choses*, II ed., Parigi, 1938, p. 611: "Il n'existe pas de définition légale du bail emphytéotique. Et il est difficile, en même temps que dangereux à certains égards, de donner une définition doctrinale de ce contrat. D'une façon très générale, le bail emphytéotique est un bail à long terme, portant sur un immeuble, et ayant pour effet de transférer au preneur un droit plus étendu, plus complet que celui qui résulte d'un louage ordinaire"; H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, p. 157: "on peut définir le bail emphytéotique comme un contrat par lequel le propriétaire cède à quelqu'un, pour une longue durée, un droit de jouissance de nature réelle sur son terrain, moyennant une redevance minime et à charge pour le locataire de remplir certaines obligations".

[106] *Cass. 3e civ., 11 juill. 2007, 06-14214*; v. già *CA Douai, 8 févr. 1878, S., 1881.2.260*; cfr. però *CA Limoges, 1re civ., 26 juin 2003, Constr.-urb., 2004, n. 5, 15*.

[107] Quindi, per esempio, non l'usufruttuario.

con gli atti di alienazione, si è osservato che il concedente, per quanto riguarda gli obblighi di consegna e di garanzia, nonché il soggetto che cede il proprio diritto di enfiteusi, ai fini della rescindibilità, per lesione oltre i sette dodicesimi, del contratto di cessione possono essere assimilabili al venditore d'immobili[108]. Dall'insieme di tali regole si prospetta, così com'è pure per l'enfiteusi nel diritto italiano, una forma di disposizione, diversa dalla locazione ordinaria e molto più gravosa per il concedente, che si trova a perdere molte delle prerogative ordinariamente associate alla proprietà. L'enfiteuta, dal canto suo, nel quadro di una convenzione di locazione di lunga durata, acquista un diritto reale immobiliare le cui prerogative, nonché i rischi, si avvicinano per molti aspetti a quelli del proprietario. Tale diritto, sia pur reale, in un'ottica contemporanea non deve però essere interpretato, a dispetto di certe datate ricostruzioni giurisprudenziali[109], come un diritto di proprietà temporaneo sul terreno, laddove invece il conduttore sarà effettivamente proprietario temporaneo delle costruzioni che ha edificato[110].

La funzione economico-sociale intorno a cui deve ricostruirsi l'istituto è quella di migliorare e accrescere il valore di un fondo, che alla fine del rapporto tornerà nella disponibilità del proprietario[111], attraverso l'esecuzione su di esso di lavori di significativa portata, il cui costo il proprietario pone a carico di un terzo a cui concede temporaneamente in cambio lo sfruttamento

[108] J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, n. 103, 1992, p. 3. *Contra*, a proposito della rescindibilità, cfr. *Louage emphytéotique*, in M.D. Dalloz *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence*, t. XXX, Parigi, 1853, p. 594: "L'emphytéose n'est pas susceptible de rescision pour cause de lésion; la raison en est que ce contrat comporte des conditions dont l'effet dépend des soins et des travaux du preneur, qui serait découragé si quelque crainte d'éviction lui enlevait l'espoir de recueillir le fruit de ses sueurs"; in tal senso, *C. de Bruxelles (appel à trib. de l'Escaut), 28 therm. an 9*, in *Louage emphytéotique*, in M.D. Dalloz *et alii*, *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence*, t. XXX, Parigi, 1853, p. 594.

[109] *Cass. civ., 1 avr. 1840, S., 1840, I, 433.*

[110] H. Périnet-Marquet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé*, in *RDI*, n. 1, 2009, p. 17.

[111] F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 460; cfr. *Cass. 3e civ., 5 déc. 2001, n. 99-20.871.*

economico dell'immobile nelle sue potenzialità[112], oggi perlopiù costruttive. Tale attitudine del contratto ne ha fatto nel corso del tempo uno strumento per esigenze di messa in valore via via più complesse delle cose immobili: dapprima per preparare il terreno e attuarne la messa a coltura, modificarne le modalità di sfruttamento o realizzare edifici e infrastrutture utili a una più redditizia utilizzazione; col tempo, per costruire e rinnovare, anche in città, edifici a fini tanto abitativi quanto industriali o commerciali[113]. La durata estremamente lunga del contratto, la realità del diritto conferito e la completa presa in carico dei rischi dell'operazione di valorizzazione danno luogo nel loro insieme a uno schema economico e giuridico complesso, che realizza un bilanciamento d'interessi del tutto peculiare, distinto e diverso da quello proprio dell'usufrutto o da quello degli altri affitti agrari, l'applicazione sussidiaria della cui disciplina risulta pertanto generalmente esclusa. L'assunzione di gravosi rischi da parte dell'enfiteuta, in corrispondenza con i suoi obblighi d'investimento nel fondo, sopportandone tutte le spese, è pertanto bilanciata dall'attribuzione allo stesso di un diritto (anzi, di due diritti!) di natura reale, con i conseguenti vantaggi[114].

c. *Rapporto con le disposizioni generali in tema di locazioni ed elementi essenziali del contratto*

La locazione enfiteutica, che attribuisce al conduttore, per un lungo periodo di tempo, per un verso un diritto reale che assorbe ampiamente le prerogative dominicali e per un altro il rischio dell'investimento, differisce profondamente dalle comuni locazioni d'immobili ed è conseguentemente sottratta pure all'applicazione delle loro regole, trovando la propria disciplina negli articoli a essa dedicati del codice rurale e nella convenzione delle parti, con un ruolo importante della giurisprudenza

[112] E.E. Frank, *Le bail à très long terme: l'emphytéose*, in *Administrer*, 1988, n. 187, p. 2.

[113] J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 2.

[114] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 463.

nella precisa definizione dei confini dell'istituto[115]. La regolamentazione legislativa del *bail emphytéotique* rinvia all'articolo 1733 del *Code civil* in tema d'incendio, facendone rispondere il conduttore salvo riesca a provare che esso è avvenuto per causa fortuita o forza maggiore, vizio di costruzione o che il fuoco si sia trasmesso da un altro immobile. Altro rinvio alle regole comuni codicistiche in materia di locazioni si trova poi in tema di prova del contratto di enfiteusi[116]. Non si richiede nessuna forma solenne per la validità, ma, conformemente alla regolamentazione della pubblicità fondiaria, per essere efficace nei confronti dei terzi è necessaria la pubblicazione presso i servizi di pubblicità fondiaria[117], per realizzare la quale il contratto deve essere redatto sotto la forma di atto pubblico[118].

La *Cour de Cassation* ha ritenuto che l'azione per il pagamento del canone enfiteutico, quando il diritto sia stabilito su immobili rurali, costituisca ai fini della competenza una controversia tra locatore e conduttore in un rapporto di affitto agrario, dovendo allora decidere in proposito il Tribunale paritario degli affitti agrari piuttosto che il *Tribunal de grande instance*[119]. Per il resto, la suprema giurisdizione francese ha escluso tanto l'applicazione degli articoli L411-11 e seguenti del Codice rurale,

[115] J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 3.

[116] *Code civil*, art. 1715: "Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données.

Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail".

[117] V. *décret* del 4 gennaio 1955, n. 55-22, art. 28, n. 1: "Sont obligatoirement publiés au service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles :

1° Tous actes, même assortis d'une condition suspensive, et toutes décisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs :

a) Mutation ou constitution de droits réels immobiliers, y compris les obligations réelles définies à l'article L. 132-3 du code de l'environnement, autres que les privilèges et hypothèques, qui sont conservés suivant les modalités prévues au code civil ;

b) Bail pour une durée de plus de douze années, et, même pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus ; […]". Cfr. *Cass. 3e civ., 29 janv. 1992, n. 90-16346*; *Cass. 3e civ., 19 juill. 1995, n. 93-17316.*

[118] *Décret* del 4 gennaio 1955, n. 55-22, art. 4.

[119] *Cass. 3e civ.*, *16 juill. 1975, D., 1975, IR, 204.*

che riguardano le regole sul prezzo degli affitti agrari[120], quanto le regole dello stesso codice che dispongono stringenti limitazioni al subaffitto[121].

L'articolo L145-3 del *Code de commerce*, collocato tra le norme concernenti il campo di applicazione delle regole sulle locazioni commerciali, ne esclude esplicitamente le locazioni enfiteutiche, tranne che per la revisione dei canoni. L'eventuale sottoposizione dell'enfiteuta proprio alle norme sulla revisione dei canoni delle locazioni commerciali può lasciare perplessi, in quanto un canone modico, a fronte di significativi investimenti nel fondo da parte del conduttore, caratterizza tipicamente questo genere di contratti, facendone, anche su questo punto, una categoria a sé. Così, in un probabile intento di rafforzamento della posizione dell'enfiteuta, sembra aver ritenuto anche la *Cour de Cassation*[122], che, discostandosi da una giurisprudenza precedente[123], favorevole alla revisione dei canoni enfiteutici purché si fosse in presenza di una locazione d'immobili a uso commerciale, industriale o artigianale, è intervenuta in tempi recenti sul punto, con un'interpretazione quasi abrogante del suddetto articolo anche in presenza di una locazione enfiteutica a uso commerciale, in quanto il conduttore, titolare di un diritto reale per tutta la durata del rapporto, non beneficia però, alla sua conclusione, di alcun diritto al rinnovo o indennità per mancato rinnovo, diversamente dal regime generale delle locazioni commerciali di cui agli articoli L145-8 e seguenti del *Code de commerce*[124].

120 *Cass. 3e civ., 15 mai 1970, D., 1970, I, 773*; *Cass. 3e civ., 4 mai 1983, JCP N, 1984, II, 17*.

121 Cfr. P. Ourliac, M. de Juglart, *Observations à Cass. soc., 6 mai 1964*, in *JCP*, 1964, *Jurisprudence*, n. 13831: "Il s'ensuit non seulement que la sous-location était permise, mais que les baux emphytéotiques ne sont soumis à aucune des dispositions du statut du fermage: ce qui confirme une solution qu'avait toujours admise la doctrine". Meno netto è però l'orientamento della giurisprudenza in tema di regole applicabili sull'attribuzione preferenziale del diritto alla posizione contrattuale di conduttore in caso di divorzio: *Cass. 1re civ., 12 juin 2013, n. 12-11724*.

122 *Cass. 3e civ., 19 févr. 2014, n. 12-19270*. V. anche *Cass. 3e civ., 4 févr. 2016, n. 15-21381*; *Cass. 3e civ., 8 sept. 2016, nn. 15.21381* e *15-22374*.

123 *Cass. com., 10 juill. 1957, Bull. civ. III, n. 225; Cass. com., 11 juill. 1961, Bull. civ. III, n. 322; Cass. 3e civ., 11 juin 1986, n. 84-17222*.

124 Cfr. C. Blondin, *Coup de canon sur l'emphytéose !*, in *Revue Lamy droit des*

L'istituto in analisi si caratterizza per un'ampia libertà lasciata alla determinazione delle parti contraenti. La disciplina, già di per sé stringata, degli articoli del Codice rurale, ha carattere suppletivo, in mancanza di convenzioni contrarie, come esplicita l'articolo L451-3[125]. Pertanto, nei limiti del rispetto degli elementi necessari perché il contratto rientri nel genere della locazione enfiteutica, le prerogative e gli obblighi delle parti possono essere ampiamente modellati, modificando l'equilibrio dello schema proposto dal legislatore secondo le concrete esigenze delle parti[126]. È un'impostazione che si allontana molto dalla maggior parte delle figure di locazione del diritto francese contemporaneo[127], disciplinate nel corso del tempo con una preminenza di norme imperative per evitare nell'equilibrio contrattuale un iniquo vantaggio della parte socialmente ed economicamente più forte; ma si distanzia anche dalla maggior parte dei contratti in tema di costruzione, per cui pure si è assistito a una crescita di discipline legislative inderogabili. È una regolamentazione che si attaglia quindi meglio a convenzioni tra professionisti, e in ogni caso per dar luogo a operazioni di una certa consistenza economica, tali da richiedere alle parti gravosi impegni economici.

L'ampio spazio lasciato alla volontà delle parti conosce in ogni caso dei limiti, enucleati nel corso del tempo per via pretoria[128], non solo, come ovvio, nella frode alla legge e alle

affaires, 2014, n. 94, pp. 21 ss., che, in considerazione delle particolari circostanze della decisione del 2014, in cui vi era stata, con il consenso del concedente, una parziale cessione a un terzo del diritto dell'enfiteuta, e della redazione tutt'altro che cristallina della decisione, rinvia all'analisi della futura giurisprudenza una valutazione della precisa portata di quella che appare in ogni caso una sconfessione del precedente indirizzo.

125 Secondo la regola dettata da tale articolo, il contratto, salva convenzione contraria, sarà governato dagli articoli che seguono; pertanto, gli articoli da L451-1 a L451-3 (e, quindi, il carattere reale del diritto conferito, la sua cedibilità, i limiti di durata, le regole sulla capacità di contrarre e sulla prova, e dopo l'intervento del legislatore del 2014, la disposizione sui contratti di ulteriore locazione di locali a uso abitativo), da un'argomentazione testuale, sembrano avere carattere inderogabile.

126 Cfr. *Cass. soc., 14 mai 1956, Bull. civ. IV, n. 453*.

127 H. Périnet-Marquet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé*, in *RDI*, n. 1, 2009, p. 18.

128 V. già, *ex ceteris*, *Cass. req., 6 mars 1861, D., 1861, I, 417*; G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. III, Parigi, 1958, pp. 639 ss.

prescrizioni urbanistiche[129], ma soprattutto in alcuni elementi essenziali, la cui mancanza rende il contratto, pur che si qualifichi tale, incompatibile con l'affermata natura di enfiteusi. In applicazione dell'articolo 12 del *Code de procédure civile*, il giudice ha il potere di dare o restituire l'esatta qualificazione dei fatti e atti oggetto del litigio[130], senza essere vincolato dalla denominazione propostane dalle parti[131]: gli è pertanto consentito tanto di riqualificare come enfiteutica una locazione non espressamente denominata tale dalle parti[132], quanto di riqualificare altrimenti, per esempio come locazione commerciale o come un ordinario affitto agrario, o, ancora, come *bail à construction*, una locazione infondatamente denominata enfiteutica dalle parti[133]. Un insieme di elementi, in generale radicati nella tradizione dell'istituto e perlopiù consacrati nella sua disciplina positiva, sono allora di volta in volta presi in considerazione dai giudici ai fini della corretta qualificazione. Indispensabile perché una locazione abbia carattere enfiteutico è, prima di ogni altra considerazione, il conferimento attraverso il contratto di un diritto reale, suscettibile d'ipoteca[134].

Imperativo è stato ritenuto il carattere della lunga durata del rapporto, sanzionando come incompatibile con la natura enfiteutica ogni contratto che non rispettasse il termine minimo

[129] *Cass. 3e civ., 27 nov. 2002, n. 01-11530*; *CE, 30 déc. 2002, n. 232584*.

[130] Diversamente, in *CA Paris, 6e Ch., sect. B, 27 oct. 1995, RDI 1996, p. 256*, il giudice non riqualifica la convenzione, limitandosi a considerare nulla e non apposta una clausola, che subordinava la cessione al consenso del locatore, in quanto incompatibile con l'oggetto del contratto; v. anche *Cass. 3e civ.*, *24 sept. 2014, n. 13-22357*.

[131] Tale denominazione non è in ogni caso priva di rilevanza, restando un elemento del percorso argomentativo volto alla chiarificazione della natura del contratto: *Cass. soc., 14 mai 1956, Bull. civ. IV, n. 453*; *Cass. 3e civ., 15 mai 1970, D., 1970, I, 773*.

[132] *Cass. 3e civ.*, *12 oct. 1994, n. 92-15274*.

[133] *Cass. 3e civ., 28 nov. 1972, n. 71-11976; Cass. 3e civ.*, *13 mai 1998, nn. 96-13586* e *96-14076*; *Cass. 3e civ.*, *7 avr. 2004, n. 02-19870*; *CA Versailles, 1re Ch., 1re sect., 29 nov. 1990, Gaz. Pal. 1995, I, somm. 63*.

[134] Cfr., *ex ceteris*, *Cass. com.*, *10 juill. 1957, Bull. civ. III, n. 225; Cass. 3e civ., 15 mai 1970, D., 1970, I, 773; Cass. 3e civ., 15 mai 1991, n. 89-20008; Cass. 3e civ., 13 mai 1998, nn. 96-13586* e *96-14076*; *Cass. 3e civ.*, *5 déc. 2001*, *n. 99-20.871*; *Cass. 3e civ.*, *7 avr. 2004, n. 02-19870*.

imposto dalla legge[135] o che attribuisse al diritto di godimento del conduttore un carattere precario, incompatibile con una costituzione d'ipoteca: è il caso della facoltà di recesso concessa al proprietario al fine di vendere o demolire l'immobile[136], o, senza ulteriori specificazioni, allo scadere di ogni periodo triennale[137]. Nella stessa direzione, più audacemente, ritenendo inderogabile – quantomeno nel senso di escludere una regolamentazione ulteriormente restrittiva – la disciplina dell'articolo L451-5, che autorizza il concedente a far pronunziare giudizialmente la risoluzione dell'enfiteusi in mancanza di pagamento di due annate consecutive, la suprema istanza giudiziaria francese ha escluso la qualificazione di enfiteusi in presenza di una clausola risolutiva espressa, in favore del concedente, nell'ipotesi di mancato pagamento di un canone[138]. Significativamente, enfatizzando l'aspetto di *ius in re* del diritto del locatario, la *Cour de Cassation* ha fondato tale decisione sull'incompatibilità del diritto reale con la fragilità di una situazione precaria quale la clausola oggetto di attenzione avrebbe potuto produrre; l'arresto sembra consolidare nel diritto vivente, nel solco della tradizione storica dell'istituto, una prevalenza del versante reale della situazione giuridica, laddove a simili conclusioni si sarebbe potuti arrivare anche fondando la decisione su considerazioni di diritto dei contratti, e in particolare sull'incompatibilità della clausola con la coerenza dell'operazione economica sottesa alla convenzione[139].

135 *Cass. 3e civ.*, *29 avr. 1997, n. 95-18451.*

136 *Cass. 3e civ., 15 mai 1991, n. 89-20008.*

137 *CA Paris, 6e Ch., sect. B, 25 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982, I, Jurisprudence, 207.*

138 *Cass. 3e civ., 14 nov. 2002, n. 01-13904, JCP N, 2003, n. 1310, 695*; per una critica del permanere del limite minimo di un pagamento di due annate per poter risolvere il contratto, v. J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique et bail à construction: leurs différences sont-elles encore justifiées* ?, in *RDI*, 2010, p. 513. La *Cour de Cassation* però, ai fini della qualificazione enfiteutica di un contratto, ha ritenuto compatibile, come condizione riguardante lo sfruttamento del fondo, la clausola in virtù della quale "dans le cas où la ville de Cannes ne donnerait pas à la société Cannes Balnéaire les autorisations nécessaires à l'exploitation d'un casino, il est entendu que le présent bail n'aura aucun effet": *Cass. 3e civ.*, *8 sept. 2016, nn. 15-21381* e *15-22374.*

139 Per queste ragioni, la sentenza raccoglie le critiche di quella parte della dottrina francese più propensa alla lettura della locazione enfiteutica come un rapporto prima personale che reale tra soggetti: cfr. B. Grimonprez, *Note sous Cass. 3e civ., 14 nov.*

Ancora, elemento essenziale ai fini della qualificazione enfiteutica di una locazione è stata ritenuta la sua libera cedibilità[140], sancita dall'articolo L451-1 del Codice rurale, escludendo la natura di *bail emphytéotique* non solo in presenza di clausole che interdicevano ogni sub-locazione o cessione[141] o le subordinavano all'approvazione del concedente[142], ma anche che prescrivevano l'approvazione del concedente alla cessione solo in caso di modifica dell'attività commerciale prevista[143], o persino che stabilivano una mera responsabilità solidale del primo conduttore con il suo cessionario o sub-conduttore[144]. Anche questa giurisprudenza, nel solco nella tradizione storica dell'istituto, mette in risalto il carattere reale del diritto dell'enfiteuta[145]. Il conduttore può cedere tanto il proprio diritto reale

2002, n. 01-13904, in *JCP N, 2003, n. 1310,* p. 695: "L'emphytéose se coule en effet dans le moule du bail, forme par excellence de convention synallagmatique à exécution successive. En sorte qu'il est difficile, dans une opération où l'interdépendance des obligations dans le temps est si forte, de ne pas admettre une certaine précarité de la situation des parties".

140 *Cass. 3e civ., 12 déc. 1978, D., 1979, IR, 220.* Ma, in caso di cessione di una parte soltanto del fondo interessato, si segnala in dottrina, con riscontri nella prassi, la necessità di un'autorizzazione del concedente: v. C. Blondin, *Coup de canon sur l'emphytéose !*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2014, n. 94, pp. 21 ss. Contrario alla qualificazione del requisito della libera cedibilità come essenziale del contratto, C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 465.

141 *Cass. req., 6 mars 1861, D., 1861, I, 417*; Cass. *3e civ., 15 mars 1983, n. 82-10399.*

142 *Cass. 3e civ., 28 nov. 1972, n. 71-11976*; *Cass. 3e civ.*, *7 avr. 2004, n. 02-19870*; *CA Versailles, 1re Ch., 1re sect., 29 nov. 1990, Gaz. Pal. 1995, I, somm. 63*; *contra, Cass. 1re civ., 6 juillet 2011, n. 10-23430.*

143 *Cass. 3e civ., 10 avr. 1991, D., 1992, I, 377.* Posizioni meno rigorose si riscontrano tuttavia nella giurisprudenza di merito: v. *CA Bastia, Ch. civ., sect. 1, 24 oct. 2007, n. 06/341*: "Attendu que s'il est de principe que le preneur jouisse d'un libre droit de cession de ses droits, la disposition du contrat qui semble limiter ce droit par la nécessité d'un accord du bailleur, aussitôt corrigée par celle selon laquelle cette autorisation n'est pas requise dés lors que le cessionnaire est un «successeur dans l'exploitation commerciale», ne permet aucune limitation effective de ce droit et ne peut remettre en cause cette analyse"; la sentenza è infatti cassata proprio sul punto da *Cass. 3e civ., 29 avr. 2009, n. 08-10944.*

144 *Cass. 3e civ., 3 oct. 1991, n. 90-15889.*

145 E per questo è criticata da J.-M. Le Masson, *Note sous Cass. 3e civ., 10 avr. 1991*, in *D.*, 1992, J., p. 377: "comment ne pas tenir compte du fait que la création de ce droit réel est englobée dans une opération donnant aussi naissance à un droit personnel. […] Dans cette mesure, il ne serait pas illogique que le bailleur puisse

di enfiteusi quanto la sola proprietà temporanea delle costruzioni edificate o il solo *fonds de commerce* (una nozione del diritto commerciale francese comprendente gli elementi materiali e immateriali costituenti nel complesso un'unità economica di natura commerciale) creato sui locali commerciali edificati senza privarsi del diritto di enfiteusi[146].

Un ulteriore elemento essenziale si è identificato nell'articolo L451-8, che impone all'enfiteuta il carico di tutte le spese e tributi relativi al fondo, non escluse le riparazioni di grande entità[147]: la locazione non ha allora natura enfiteutica, a dispetto della denominazione datavi dalle parti, se una clausola vieta al locatario, senza il consenso del locatore, ogni lavoro di costruzione, demolizione, perforazione di muri o tramezzi, dovendo il conduttore pure tollerare l'esecuzione delle necessarie riparazioni da parte del locatore, e restando inoltre le migliorie a carico di quest'ultimo[148]. In generale, l'accordo deve abilitare l'enfiteuta, senza necessità di autorizzazione del concedente, allo svolgimento dei lavori di miglioria che ritenga opportuni[149]. A differenza del *bail à construction*, l'obbligazione fondamentale dell'enfiteuta non è quella di costruire, ma le opere che ha facoltà di svolgere rientrano nell'operazione complessiva di miglioramento del fondo, godendo di ampia libertà nel suo utilizzo nel corso del rapporto contrattuale anche per attività commerciali e industriali[150]. Non ha allora carattere enfiteutico l'accordo che neghi al conduttore, senza consenso espresso e scritto del locatore, la facoltà d'impiantare

se prévaloir d'un droit au maintien de l'activité commerciale prévue par le contrat lorsque la faculté de cession est effectivement exercée par le preneur".

146 V. J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, n. 103, 1992, p. 6.

147 *Cass. soc., 6 mai 1964, JCP, 1964, II, n. 13831; Cass. 3e civ., 9 janv. 2008, n. 07-12081.*

148 *Cass. 3e civ., 7 oct. 1992, n. 89-19227.*

149 *Cass. 3e civ., 3 oct. 1991, n. 90-15889; contra, CA Paris, 6e Ch., sect. B, 25 févr. 1982, Gaz. Pal., 1982, I, Jurisprudence, 207,* con nota critica di *J. Viatte* che sul punto difende il diverso orientamento della giurisprudenza prevalente.

150 *Cass. 3e civ., 3 déc. 1980, Gaz. Pal., 1981, Panorama*, 115; *Cass. 3e civ., 13 mai 1998, nn. 96-13586* e *96-14076.*

nel fondo attività di commercio diverse da quelle inizialmente esercitate[151].

La modicità del canone è oggetto da parte della giurisprudenza di variabile considerazione, spesso come argomentazione *ad adiuvandum*[152] o decisiva per statuire sulla qualificazione del contratto[153], tuttavia, senza un indirizzo univoco definitivamente consolidatosi, in qualche occasione valutando come modici canoni anche significativi[154], mentre altre volte apprezzando la modicità con maggiore severità[155], altrove ancora persino astenendosi dall'indagine sul punto, non ritenendolo una condizione essenziale dell'enfiteusi[156]. Può osservarsi in queste oscillazioni, come la dottrina più accorta non ha mancato di osservare[157], un'effettiva ambiguità dei giudici, se considerare la modicità del canone un criterio imperativo ovvero un semplice indizio ai fini della qualificazione.

La presa in carico da parte del conduttore di opere di miglioramento del fondo, pur solitamente presente nel contratto come parte della complessiva operazione economica concordata – e talvolta lo svolgimento delle opere di miglioria è considerato dai

151 *Cass. 3e civ., 12 déc. 1978, D., 1979, IR, 220*; *Cass. 3e civ., 3 oct. 1991, n. 90-15889*.

152 *Cass. 3e civ., 12 oct. 1994, n. 92-15274*; *CA Bastia, Ch. civ., sect. 1, 24 oct. 2007, n. 06/341*.

153 *Cass. soc., 14 mai 1956, Bull. civ. IV, n. 453; Cass. 3e civ.*, *5 déc. 2001*, *n. 99-20.87*.

154 Fino alla metà di un normale affitto agrario in *Cass. soc., 6 mai 1964, JCP, 1964, II, n. 13831*; v. anche *Cass. 3e civ., 15 mai 1970, D., 1970, I, 773*.

155 *Cass. 3e civ., 3 oct. 1991, n. 90-15889*.

156 *CA Paris, 6e Ch., sect. B, 25 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982, I, Jurisprudence, 207,* con nota di J. Viatte, il quale critica la mancata indagine, pur riconoscendo la modicità del prezzo come un elemento di per sé insufficiente a caratterizzare l'enfiteusi. In *Cass. 3e civ., 11 juin 1986, n. 84-17222*, la Corte sembra eludere e ignorare l'argomentazione del ricorrente che contesta la non modicità del canone.

157 Sulle oscillazioni della giurisprudenza, v. J.-M. Le Masson, *Note sous Cass. 3e civ., 10 avr. 1991, n. 89-20276*, *in D.*, 1992, J., pp. 376 s.; G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. III, Parigi, 1958, p. 640, favorevoli a una ricostruzione del requisito della modicità come elemento essenziale; pure favorevole, nella dottrina recente, H. Périnet-Marquet, *Note sous CE, 25 févr. 1994*, in *AJDA*, 1994, pp. 552 ss.; invece, argomentando in sfavore dell'essenzialità del requisito in una visione moderna, ampiamente dispositiva, dell'istituto dell'enfiteusi, J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, n. 103, 1992, pp. 6 ss.

giudici un indizio ai fini della qualificazione del contratto[158] – non ne sarebbe, secondo un orientamento oggi diffuso, un carattere essenziale, essendovi il locatario tenuto solo in presenza di specifiche clausole contrattuali che prescrivano tali obblighi a suo carico, in assenza delle quali rimane obbligato solo a godere del fondo come un buon padre di famiglia[159]. In dottrina si riscontrano letture ancora più restrittive dei requisiti essenziali del contratto, che voci sia pur minoritarie riducono fino ai soli requisiti della chiara volontà del locatore di conferire al conduttore un diritto reale di godimento e della libera cedibilità di quest'ultimo[160]. In tali posizioni si può riconoscere un discostarsi dalla tradizione dell'istituto nell'intento di farne uno strumento più malleabile rispetto alle nuove esigenze. In ogni caso, appare consigliabile tenere nella dovuta attenzione, nella ricostruzione dell'enfiteusi, i caratteri significativamente derogatori rispetto al diritto comune delle locazioni, che hanno contribuito al rinnovato successo del *bail emphytéotique*, ma che, in assenza di un vigile controllo giudiziale delle clausole negoziali, potrebbero essere opportunisticamente utilizzati per realizzare – magari in aggiramento della disciplina comune delle locazioni o delle regole delle locazioni commerciali – operazioni dalla natura economico-sociale diversa da quelle che possono caratterizzare tale figura contrattuale pur molto adattabile. In ogni caso, le interpretazioni più restrittive dei requisiti essenziali delle

[158] *Cass. soc., 6 mai 1964, JCP, 1964, II, n. 13831.*

[159] G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. III, Parigi, 1958, p. 640; J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, n. 103, 1992, pp. 8 ss.; depone in tal senso *Cass. 3e civ., 11 juin 1986, n. 84-17222*; *contra*, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 828: "De par sa finalité, sinon de par sa définition, le bail emphytéotique implique une obligation d'investir"; H. Périnet-Marquet, *Note sous CE, 25 févr. 1994*, in *AJDA*, 1994, pp. 550 ss.; *Cass. 3e civ., 3 oct. 1991, n. 90-15889; CA Aix-en-Provence, Ch. 4, 20 oct. 1987, n. JurisData: 1987-048848.*

[160] J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (I partie)*, in *Petites affiches*, n. 101, 1992, p. 9. All'opposto, vi è anche chi interpreta con particolare larghezza il novero degli elementi essenziali, aggiungendovi, oltre a tutto quanto finora esaminato, anche l'inderogabilità della possibilità di costruire servitù passive, nonché dell'attribuzione in proprietà temporanea all'enfiteuta delle costruzioni da lui realizzate e, al termine del contratto, del loro passaggio gratuito in proprietà al concedente: v. J. Viatte, *Du bail emphytéotique*, in *Revue des loyers*, 1973, pp. 302 ss.

locazioni attributive di un diritto reale ne rendono senz'altro più ardua la distinzione rispetto a una locazione comune[161].

d. *La disciplina del rapporto e la sua fine*

La disciplina legislativa, pur nel regime di ampia derogabilità che si è esposto, regola dettagliatamente il rapporto tra le parti di questo contratto anomalo di locazione. Una serie di norme, negli articoli da L451-4 a L451-6, riguarda il canone, tradizionalmente modico, e limita la risolubilità del contratto. Il conduttore non può domandare la riduzione delle somme dovute a titolo di canone, né in caso di perdita parziale del fondo, né in caso di sua sopravvenuta sterilità o di mancanza del raccolto per caso fortuito[162]; non può neanche liberarsi dei suoi obblighi attraverso il rilascio del fondo[163].

Negli articoli da L451-7 a L451-11 si enunciano le prerogative e gli obblighi dell'enfiteuta rispetto al fondo, manifestando la connotazione reale della locazione in discorso, particolarmente limitativa del diritto di proprietà. L'enfiteuta, libero di attuare ampie trasformazioni dell'immobile[164], anche modificandone la destinazione, è però limitato dalla disposizione che esclude che possa operarvi cambiamenti che ne diminuiscano il valore, laddove si discute sul carattere necessario o meno di un suo obbligo d'investimenti migliorativi: la legge si limita a specificare che, se effettuati miglioramenti o costruzioni che aumentano il valore del fondo, egli non può né distruggerli, né reclamare al riguardo, nei confronti del concedente, alcuna indennità. Tali trasformazioni sono infatti solitamente considerate, nell'economia della convenzione, il principale apporto del conduttore, di cui il locatore beneficerà una volta esaurito il periodo di durata del contratto. Tutte le spese e i tributi in relazione al fondo sono in capo all'enfiteuta, che in generale risponde anche

161 V. P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, VIII ed., Issy-les-Moulineaux, 2016, pp. 367-368.

162 *Cass. 3e civ., 15 mai 1970, D., 1970, I, 773.*

163 A questo proposito, prima dell'intervento del legislatore, v. già F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 480-482.

164 Cfr. *Cass. 3e civ., 15 déc. 2016, n. 15-22416.*

dell'incendio. Il conduttore è anche tenuto alle riparazioni di ogni genere sulle costruzioni tanto esistenti al momento della stipula dell'accordo, quanto, come spesso accade, edificate in esecuzione della convenzione; non è però tenuto alla ricostruzione degli edifici di cui provi la distruzione per caso fortuito, forza maggiore o vizio di costruzione precedente al contratto. L'enfiteuta può tanto acquistare servitù attive a profitto del fondo, quanto gravare lo stesso di servitù passive entro i limiti di durata della locazione di cui gode ed essendo tenuto ad avvertirne il proprietario, salva diversa convenzione[165]. Il solo conduttore ha diritto di caccia e pesca sul fondo, mentre su miniere, cave e torbiere esercita gli stessi diritti dell'usufruttuario[166]; può giovarsi della protezione tanto possessoria quanto petitoria. L'enfiteuta profitta dell'accessione nel corso di tutto il periodo di durata del contratto (articolo L451-10), nel quale è pertanto proprietario delle costruzioni e piantagioni che ha effettuato[167]. La disposizione deve intendersi nel senso che si costituisce un diritto di superficie in suo favore, che si sovrappone e funge da accessorio al diritto reale di godimento (l'enfiteusi) già conferito dalla convenzione[168]. A differenza che nel *bail à construction* e nelle altre locazioni superficiarie che si esamineranno di seguito, è concettualmente corretto distinguere due diversi diritti reali conferiti al conduttore, l'uno, l'enfiteusi, sorta di dominio utile sul suolo, che consente al suo titolare di esercitare su di esso nel corso del rapporto contrattuale la pressoché totalità delle prerogative del proprietario; l'altro, la superficie, conseguente e legato al primo ma da esso distinto, che consiste nel diritto di costruire sul suolo acquistando la proprietà temporanea di quanto edificato. Tuttavia, come si è osservato, quantomeno nell'enfiteusi urbana i due diritti tendono sempre più a confondersi, in quanto l'utilità dominicale il cui acquisto interessa il conduttore in maniera quasi esclusiva e su cui quindi l'equilibrio contrattuale è effettivamente incentrato è proprio quella di costruire sul fondo. A partire da questa realtà fattuale, una

[168] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 463; J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, n. 103, 1992, p. 4.

serie di locazioni superficiarie più recentemente concepite per le esigenze di contesti urbani hanno sviluppato proprio tale tendenza palesatasi nel *bail emphytéotique*, fondendo anche concettualmente i due diritti reali, che nella locazione enfiteutica sono ancora distinguibili, in uno solo: in un diritto (generalmente corrispondente a un simmetrico dovere del conduttore) di costruire sul fondo, acquistando la proprietà (quantomeno) temporanea di quanto costruitovi o ristrutturatovi. Nel *bail emphytéotique*, essendo dispositiva la regola dell'attribuzione all'enfiteuta anche di un diritto di superficie, vi si potrà derogare tanto nel senso di assegnare in proprietà al conduttore per la durata del contratto anche le costruzioni già esistenti, costituendo pure su di esse un diritto di superficie, quanto nel senso di permettere all'accessione di prodursi immediatamente, e non alla fine del rapporto, in favore del concedente[169].

L'enfiteuta ha dunque obblighi particolarmente severi e tutele ridotte – laddove invece il concedente ha un carico di obbligazioni molto tenue, liberato di ogni spesa e imposta e non tenuto a una riduzione del canone neppure in caso di perdita parziale o sterilità del fondo[170] – ma anche prerogative molto ampie. Tanto gli obblighi quanto i diritti superano non solo quelli di un ordinario conduttore – alla cui situazione l'enfiteuta è accomunato dall'obbligo di pagamento di un canone e dall'impossibilità di liberarsi di ogni obbligazione con il semplice rilascio del fondo, ma da cui lo divide l'attribuzione fisiologica di un diritto reale, con tutte le relative conseguenze – ma anche quelli di un usufruttuario, che non può mutare la destinazione del bene e non è tenuto alle grandi riparazioni, né alla totalità delle spese e a cui niente impedisce di liberarsi dei propri obblighi rinunziando al diritto, senza necessità di accordo del proprietario. Inoltre, il diritto del conduttore enfiteuta non si estingue con la morte ma si trasmette agli eredi, la sua durata essendo regolata, per un tempo preventivamente determinato, dal sottostante accordo di

[169] J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, n. 103, 1992, p. 9.

[170] H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 412.

locazione, come anche il canone; altre clausole possono imporre al locatario vari obblighi d'investimento[171].

L'enfiteuta può a sua volta, senza bisogno di autorizzazione da parte del concedente, dare in locazione immobili su cui esercita il proprio diritto di conduttore enfiteutico o di cui è temporaneamente proprietario se li ha egli stesso costruiti. Tale ulteriore locazione non incontra ostacoli neanche nella modificazione dell'originaria destinazione economica dell'immobile; essa può avere carattere commerciale e in tal caso, sussistendone i presupposti, nei rapporti tra l'enfiteuta e il suo conduttore, commerciante, industriale o artigiano, trova piena applicazione la relativa disciplina, con il limite che l'occupazione degli immobili da parte dell'ultimo arrivato, anche tenuto conto dei rinnovi nel frattempo intervenuti, non può in ogni caso superare la data di scadenza dell'originaria locazione enfiteutica, in occasione della quale al commerciante non è dovuta alcuna indennità di mancato rinnovo[172]: nessuno può infatti, secondo un basilare principio giuridico, trasferire un diritto più ampio di quello di cui sia egli stesso titolare[173]. L'enfiteuta può inoltre cedere a un terzo il proprio diritto di enfiteusi, ma, non disponendo della capacità di alienare il fondo, non può concludere un contratto di *bail à construction* o di sub-enfiteusi[174].

Diversamente dalle locazioni commerciali, la giurisprudenza aveva affermato il diritto dell'ulteriore locatario di un locale a uso abitativo di restarvi anche dopo la scadenza dell'originaria locazione enfiteutica, essendo il suo diritto opponibile al proprietario sulla base della legge n. 48-1360 del primo settembre 1948[175], che modificava e codificava la legislazione relativa ai rapporti tra locatori e conduttori o occupanti di locali d'abitazione o a uso professionale, oltre ad attribuire dei contri-

171 C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 464.

172 *Cass. com., 27 juin 1963, Bull. civ. III, n. 340; Cass. 3e civ., 9 févr. 2005, n. 03-17065.*

173 C. Blondin, *Coup de canon sur l'emphytéose !*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2014, n. 94, p. 22.

174 J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 5.

175 *Cass. 3e civ., 21 déc. 1993, n. 91-13551.*

buti sociali per gli alloggi. Tale legislazione, avente scopi di solidarietà sociale, aveva infatti diversi presupposti di applicazione, indipendenti dalla situazione giuridica dell'immobile[176]. Recentemente, con la legge n. 2014-366 del 24 marzo 2014[177], il legislatore ha confermato e generalizzato tale orientamento, aggiungendo all'articolo L451-2 del Codice rurale un quarto comma che specifica che i contratti di ulteriore locazione di locali a uso abitativo conclusi dall'enfiteuta proseguono automaticamente dopo il termine della locazione enfiteutica, il proprietario sostituendosi nei diritti e nelle obbligazioni al suo primo conduttore fino al termine convenuto per il contratto di locazione concesso dall'enfiteuta. Infine, sul fondamento del diritto reale di cui è titolare, l'enfiteuta è legittimato a finanziarsi stipulando a sua volta un contratto di leasing (*crédit-bail*) immobiliare, quale regolato nel *Code monétaire et financier* (articoli L313-7 e seguenti), nel limite della durata convenuta per il *bail emphytéotique*. L'enfiteuta, conferendo il bene in leasing, attribuisce all'utilizzatore il suo godimento per la durata del contratto di leasing, potendo concedere, al suo termine, l'opzione di acquisto soltanto di diritti di cui dispone, e, in particolare, della proprietà temporanea delle costruzioni che ha edificato (nonché, se previsto dal contratto di *bail emphytéotique*, anche delle eventuali costruzioni preesistenti); al termine dell'originario contratto di locazione enfiteutica, naturalmente, il proprietario del fondo riacquista in ogni caso la piena proprietà delle costruzioni[178].

Ordinariamente, l'enfiteusi finisce allo scadere del termine convenuto. In base alle regole comuni, la perdita totale dell'immobile, per distruzione materiale o per espropriazione per causa di pubblica utilità[179], pone fine al contratto e al diritto reale da

[176] J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 5.

[177] Nel C.c. italiano, l'articolo 954 esplicita in termini generali, in presenza di un diritto di superficie, che i contratti di locazione che hanno per oggetto la costruzione non durano se non per l'anno in corso alla scadenza del termine, fatte salve le previsioni della legislazione sociale nel frattempo sopraggiunte: v. in particolare legge n. 392 del 27 luglio 1978 (sugli immobili urbani), legge n. 431 del 9 dicembre 1998 (sugli immobili a uso abitativo).

[178] Cfr. *CA Paris, 15e Ch., sect. B, 31 oct. 2002, Constr.-urb., n. 3, 2003, p. 16*.

[179] In caso di espropriazione, l'enfiteuta ha diritto a un'indennità distinta da

esso conferito. In mancanza di pagamento per due anni consecutivi, il concedente è autorizzato, dopo un'ingiunzione rimasta senza effetto, a far pronunziare giudizialmente la risoluzione del contratto; può agire per la risoluzione anche in caso d'inesecuzione degli obblighi assunti dall'enfiteuta o se questi abbia commesso gravi deterioramenti del fondo[180]. Tuttavia, secondo le circostanze, il giudice può accordare un'ulteriore scadenza. In caso di risoluzione del vincolo convenzionale, i diritti reali costituiti dall'enfiteuta si estinguono immediatamente[181]. Si ritiene che l'abuso del diritto di godimento conferito possa dar luogo a una risoluzione del contratto tanto in presenza di un ordinario affitto agrario quanto di una locazione enfiteutica, ma solo nel primo caso basterà dimostrare la cattiva gestione del conduttore, richiedendosi per l'enfiteuta la più gravosa prova di degradazioni e abusi di particolare gravità[182].

Senza essere tenuto a ulteriori indennizzi, il concedente, alla fine del rapporto, diventa proprietario delle costruzioni e colture nel frattempo effettuate dall'enfiteuta, sia che fossero state espressamente previste nel contratto di locazione, sia che non lo fossero state, potendo in generale tornare a godere pienamente del fondo, mantenuto in buono stato e arricchito degli investimenti a esso apportati. A differenza della disciplina generale delle locazioni commerciali, indipendentemente da un'eventuale destinazione commerciale o industriale del bene conferito in locazione enfiteutica, il conduttore non beneficia, allo scadere del periodo concordato, di alcun diritto al rinnovo

quella del proprietario: F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 828; cfr. *Cass. 3e civ., 31 mars 2004, n. 02-15754*, a proposito di un *bail à construction*, ma la cui *ratio* ben si presta anche al caso della locazione enfiteutica; *Cass. 3e civ., 28 janv. 2015, n. 13-11884*.

[180] Per un caso di richiesta di risoluzione da parte del conduttore per caso di forza maggiore dovuto a impossibilità materiale di sfruttare la proprietà per un suo stato di abbandono, respinta in quanto "l'état d'abandon de la propriété, qui ne pouvait échapper à un examen même sommaire, ne peut constituer pour la Caisse une circonstance imprévisible de nature à justifier l'existence d'un cas de force majeure", v. *Cass. 3e civ., 16 juill. 1986, Revue des loyers, 1986, 427*.

[181] J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 4.

[182] J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (I partie)*, in *Petites affiches*, n. 101, 1992, p. 10.

o indennità di mancato rinnovo. Il proprietario può così recuperare il fondo libero dall'occupazione di qualsiasi locatario, con l'eccezione menzionata per gli immobili a uso abitativo, e dalle servitù passive costituite. Tuttavia, in analogia con il *bail à construction*, si afferma la sopravvivenza di quelle servitù passive indispensabili alla realizzazione delle costruzioni convenute[183]. Come affermato in giurisprudenza, l'ipoteca iscritta da un creditore del conduttore di una locazione enfiteutica non si perpetuerà in presenza di un rinnovo del contratto fra le stesse parti, in quanto la garanzia viene meno con l'espirazione della prima locazione, rispetto a cui la seconda rappresenta un nuovo e distinto contratto[184].

C. Bail à construction

a. *Finalità del contratto e natura del diritto conferito*

Il *bail à construction* è stato introdotto dalla legge n. 64-1247 del 16 dicembre 1964, seguita dal decreto applicativo n. 64-1323 del 24 dicembre 1964; nel corso del tempo è stato oggetto di alcuni rimaneggiamenti, che non ne hanno alterato profondamente i caratteri principali. La disciplina si rinviene oggi agli articoli da L251-1 a L251-9 e da R251-1 a R251-3 del Codice della costruzione e dell'abitazione. La legge del 1964, che nella rubrica del titolo riportava, associandoli, l'istituzione del nuovo genere di locazione e la promozione di opere di urbanizzazione, testimonia l'intento che dava originariamente forma al contratto, come riadattamento e trasposizione in contesti urbani dell'enfiteusi[185] da mettere a disposizione di ampie opere di urbanizzazione a iniziativa pubblica che le autorità francesi si proponevano, con diffusi interventi espropriativi. La legge tendeva nel suo complesso a facilitare tali operazioni e a

[183] E.E. Frank, *Le bail à très long terme: l'emphytéose*, in *Administrer*, 1988, n. 187, p. 4.

[184] *Cass. 3e civ., 7 oct. 2009, n. 08-14962.*

[185] R. Saint-Alary, *Bail à construction et opérations d'urbanisation (commentaire de la loi n. 64-1247 du 16 décembre 1964)*, in *JCP*, 1966, n. 1976, par. 26.

contrastare speculazioni edilizie sul valore dei terreni destinati a costruzione, evitando un lievitamento dei costi pubblici in vista dell'espansione delle città. Dunque, per mettere i suoli a disposizione dei costruttori, in parallelo e in alternativa alla via della pura e semplice espropriazione amministrativa e all'impiego di altri strumenti autoritativi[186], fonti di abbondante contenzioso, si presentava l'opportunità di elaborare nuovi schemi giuridici, tali da associare nel lungo periodo i proprietari dei fondi ai benefici e alle plusvalenze delle opere di costruzione[187], per invogliare gli stessi a concedere i terreni a valori inferiori a quelli (speculativi) di mercato[188]; queste operazioni erano pure incentivate con benefici fiscali. Si ricorreva così (anche) a strumenti di diritto civile (e fiscale) piuttosto che a quelli autoritativi del diritto amministrativo, prospettando schemi in cui, senza bisogno di procedure di espropriazione né di indennizzi pubblici, i proprietari avrebbero concesso direttamente i terreni ai costruttori con locazioni di lungo periodo attributive di un diritto reale, beneficiando dapprima del canone e alla fine, solitamente, del ritorno dell'immobile edificato, mentre i costruttori avrebbero ottenuto la disponibilità del fondo, senza un esborso consistente come sarebbe stato quello di un acquisto in proprietà dello stesso, e in ogni caso il vantaggio di poter godere e disporre economicamente per un lungo periodo di tempo delle costruzioni effet-

[186] Diritto di prelazione degli enti locali in zone d'interesse urbanistico, recupero fiscale almeno parziale delle plusvalenze da proventi di speculazioni edilizie, altri strumenti tributari, ecc.: v. D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, in *Gaz. Pal.*, 1974, I, *Jurisprudence*, p. 436.

[187] Questa finalità mette in luce l'aspetto significativamente relazionale del contratto in questione, il cui lungo termine fa sì che il rapporto tra le parti perduri anche per più generazioni, con la possibilità che il mutare delle circostanze e delle rispettive esigenze spinga nel corso del tempo i soggetti a una revisione di alcune clausole; in relazione a siffatti contratti può anche porsi la problematica dell'imprevisione. Sulla prospettazione generale in Francia di tali temi, che non possono essere approfonditi in questa sede, si rimanda all'amplissima letteratura, tra cui C. Boismain, *Les contrats relationnels*, 2005, Aix-en-Provence; C. Jamin, J. Guestin, M. Biliau, *Les effets du contrat*, III ed., Parigi, 2001; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4: *les obligations*, XXI ed., Parigi, 1998, pp. 269 ss.; J. Savatier, *La théorie de l'imprévision dans les contrats*, in *Études de droit contemporain: contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de Droit Comparé*, vol. II, Parigi, 1959, pp. 1 ss.

[188] R. Saint-Alary, *Bail à construction et opérations d'urbanisation (commentaire de la loi n. 64-1247 du 16 décembre 1964)*, in *JCP*, 1966, n. 1976, parr. 1-5.

tuate, di cui, con l'instaurarsi di un diritto di superficie, sarebbero stati temporaneamente proprietari. A differenza di una vendita della proprietà di un fondo, la creazione su di esso di un *bail à construction* (o *emphytéotique*), pur istituendo un diritto reale tale da derogare all'immediato operare dell'accessione, non è sottoposta al diritto di prelazione urbano in favore degli enti locali[189], a meno che il contratto stesso non sia complessivamente volto all'aggiramento del diritto di prelazione previsto dal legislatore[190]. Complessivamente, tali operazioni di urbanizzazione attraverso l'uso di strumenti privatistici sembrano essere state coronate all'atto pratico da un successo modesto, circoscritto a specifiche seppur importanti situazioni, per esempio nelle periferie delle grandi città[191], ma senza diventare, come si desiderava, un asse portante della politica di espansione urbanistica, scontrandosi con una certa reticenza dei supposti acquirenti degli immobili costruiti a comprare una proprietà concepita come temporanea[192], nonché con la loro diffidenza verso un istituto antico e misterioso quale la superficie[193]. Eppure, il *bail à constrution* è sopravvissuto all'abrogazione delle stesse disposizioni urbanistiche della legge che lo aveva istituito, trovando un'ampia gamma di utilizzi anche lontani dalle originarie aspettative del legislatore.

Si è detto delle finalità originariamente urbanistiche del *bail à construction* e del suo solo parziale successo; esso si è però arricchito nel tempo di più variegate finalità, in gran parte rientranti nel campo meramente privatistico dell'incontro d'interessi economici individuali, ma alcune delle quali, come il *pass foncier*, si collocano nel campo delle politiche sociali abitative. Tale trasformazione è stata consentita dal carattere in massima

[189] Su tale istituto, regolato dal diritto dell'urbanistica, v. diffusamente J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, X ed., Issy-les-Moulineaux, 2015, pp. 316 ss.

[190] *Cass. 3e civ., 27 nov. 2002, n. 01-11530.*

[191] J.-R. Bouyeure, *S.O.S. pour les baux à construction: à propos de l'art. 9 de la loi n. 77-1457 du 29 décembre 1977*, in *Gaz. Pal.*, 1978, II, *Doctrine*, p. 364.

[192] D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, in *Gaz. Pal.*, 1974, I, *Jurisprudence*, pp. 438-439.

[193] J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, p. 83.

parte disponibile delle regole dell'istituto e dalla sua appetibilità dovuta al riconoscimento agli utilizzatori di rilevanti benefici fiscali; essi consistono, in particolare, in alcuni vantaggi in materia d'imposta sul reddito (essendo tassati come redditi fondiari i canoni e le altre prestazioni di ogni genere erogate al locatore persona fisica dal conduttore[194], quali in particolare gli immobili costruiti o titoli consegnati come prezzo della locazione[195] ovvero le costruzioni realizzate che tornano senza indennità al locatore alla fine del rapporto[196]) e nell'esonero dalla tassa di pubblicità fondiaria[197] e dalla tassa sul valore aggiunto[198]. Si tratta pertanto di un contratto facilmente adattabile ai più vari contesti d'incontro tra interessi di soggetti del diritto classificabili rispettivamente come proprietari dei terreni e come costruttori d'immobili, incontro che avviene intorno all'istituzione di un diritto di superficie a beneficio di questi ultimi. In primo luogo, l'acquisto di una proprietà temporanea, oggetto di riserve da parte di soggetti intenzionati ad acquistare

194 *Code général des impôts*, art. 33 bis; per le imprese, che condividono i benefici di cui alle note seguenti, v. art. 38, 1; sulla disciplina tributaria del contratto vi è un'amplia bibliografia, tra cui B. Mortier, *La fiscalité du bail à construction*, in *JCP N*, 1997, *Pratique*, n. 4027, Parigi, 2009, pp. 629 ss.; T. Schmitt, *Convergences et divergences: le bail à construction à l'épreuve du droit fiscal*, in *Mélanges en l'honneur du doyen Gerorges Wiederkehr*, pp. 737 ss., che si sofferma sull'orientamento restrittivo adottato dalla giurisprudenza in una serie di situazioni per limitare l'ambito d'applicazione dei vantaggi fiscali.

195 Per i quali (*Code général des impôts*, art. 33 ter, I.): "le bailleur peut demander que le revenu représenté par la valeur de ces biens calculée d'après le prix de revient soit réparti sur l'année ou l'exercice au cours duquel lesdits biens lui ont été attribués et les quatorze années ou exercices suivants. […]".

196 Cui si applicano le stesse disposizioni di cui alla nota precedente, con in più l'ulteriore beneficio che l'acquisto di tali migliorie alla fine del rapporto non dà luogo ad alcuna imposizione quando la durata del contratto sia di almeno trent'anni, mentre, se inferiore a trenta ma superiore a diciott'anni, l'imposta è dovuta su una base ridotta in funzione della durata (*Code général des impôts*, art. 33 ter, II), corrispondente al costo di realizzazione con una deduzione dell'8% per ogni anno successivo al diciottesimo (*Code général des impôts, annexe 3*, art. 2 sexies): è evidente il favore del legislatore perché la convenzione sia conclusa per la durata più lunga possibile.

197 V. *Code général des impôts*, art. 743.

198 Come disposto in generale dall'art. 261 D del *Code général des impôts* per le locazioni immobiliari risultanti da un contratto attributivo di un diritto reale; tuttavia, il contribuente può optare per il suo pagamento (art. 260), potendo trarne un vantaggio nel quadro del meccanismo di detrazioni che caratterizza tale tassa.

un'abitazione per sé e per la propria famiglia, ha maggiormente allettato – eventualmente associato a un contratto di leasing – imprenditori del settore commerciale o industriale piuttosto interessati a un investimento immobiliare da ammortare in un periodo sufficientemente lungo che all'idea della perennità della piena proprietà, a fronte peraltro della necessità periodica di rinnovare gli immobili destinati a un'attività economica o di spostare geograficamente i propri centri di attività e d'interessi[199]. Si è ipotizzato anche un possibile utilizzo del *bail à construction* al fine di amministrare in maniera redditizia un patrimonio immobiliare di cui è titolare un minore, il cui fondo potrà allora, con tanto di benefici fiscali, essere dato in locazione a un terzo da un lato accrescendo di valore il patrimonio in virtù delle costruzioni realizzatevi, dall'altro preservando il capitale fonte di redditi regolari durante tutto il periodo della gioventù del titolare, ritornando nella sua piena disponibilità in una successiva fase di piena maturità[200]. Il *bail à construction* è stato anche utilizzato nel quadro di operazioni di costruzione in volumi[201]. Ancora, di questa locazione anomala si è fatto uso per mettere a disposizione terreni per farvi costruire installazioni fotovoltaiche e, insieme, edifici a uso agricolo sopra i quali montare i pannelli: il produttore di energia sfrutta dunque i pannelli e gli impianti elettrici, dando per il resto a sua volta la costruzione in comodato al proprietario del terreno, agricoltore, perché vi svolga la propria attività, ottenendo pure la piena proprietà dell'edificio alla fine del rapporto[202]. Più in generale, le

[199] C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 2. Possono così darsi operazioni complesse, che coinvolgono più soggetti, imprese e persone fisiche, i cui interessi s'incontrano: v. gli esempi in A. Delfosse, *Bail à construction: le piège des plus-values*, in *JCP N*, 1994, *Doctrine*, pp. 246 ss.

[200] B. Boniface, *Une technique de gestion des biens du mineur: le bail à construction*, in *Rép. Defrénois*, 1995, I, pp. 475 ss.

[201] Con l'opportunità di un intervento del locatore, altrimenti di regola libero dai gravami sorti per opera del conduttore, "afin que l'état descriptif de division en volumes soit pérenne lors du retour des constructions dans son patrimoine à l'expiration du bail": J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, p. 359.

[202] C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr.*

installazioni fotovoltaiche possono essere collocate su immobili costruiti o da realizzare di varia natura, combinando variamente tecniche quali la locazione enfiteutica o *à construction* con altre quali la comproprietà degli edifici o la divisione dello spazio in volumi oggetto di appropriazione esclusiva[203]. Infine, come si vedrà, il *bail à construction* può trovare impieghi in vista della realizzazione d'immobili in comproprietà, facilitando il finanziamento dell'operazione[204]. Tale locazione si presta dunque a innumerevoli utilizzi, spesso congiuntamente alla stipulazione di altri contratti tra le stesse e anche ulteriori parti, ponendosi nel contesto di più ampie operazioni per la cui realizzazione vari contratti, tra loro collegati, sono predisposti[205]. Nella maggior parte dei casi, il conduttore non avrà la possibilità contrattuale di realizzare sul terreno tutte le costruzioni di suo gradimento, bensì solo le costruzioni esattamente precisate nella convenzione, intorno a cui si realizza l'equilibrio d'interessi desiderato dalle parti, e secondo le regole e i parametri convenuti[206].

A differenza dell'enfiteusi, l'articolo L251-1 prevede una precisa nozione di *bail à construction*, definito come la locazione attraverso cui il conduttore s'impegna, a titolo principale,

civ., Parigi, 2013, p. 3; v. anche C. Thibault, *Aspects notariaux du photovoltaïque*, in *JCP N*, 2015, n. 1132. In Italia, su diritto di superficie e impianti fotovoltaici, cfr. C. Tenella Sillani, *Il diritto di superficie e la proprietà superficiaria*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015*, in *I quaderni della fondazione del notariato*, 2015, pp. 60-63; G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (I parte)*, in *Rivista del notariato*, 2017, III, pp. 869-871.

[203] H. Périnet-Marquet, *Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque*, in *RDI*, 2010, pp. 352 ss.

[204] R. Saint-Alary, *Baux à construction et copropriété*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Tolosa, 1996, pp. 659 ss.

[205] Per un esempio, v. J.-L. Bourgois, *Étude de cas sur l'utilisation du bail à construction*, in *Droit et patrimoine*, 1996, n. 41, p. 21: "Une association déclarée, propriétaire d'un grand terrain, envisage de le mettre à disposition d'une autre association déclarée dont l'objet est l'enseignement privé. Une partie du terrain supporte des bâtiments anciens qui subsisteront. Une autre partie restera nue. Sur le surplus, de nouveaux bâtiments sont en cours de construction et seront achevés ; c'est l'association scolaire qui a entrepris la construction. Sur cette dernière partie, les deux associations intéressées envisagent de conclure un bail à construction ou un bail emphytéotique d'une durée de 99 ans, moyennant un loyer de 1 franc symbolique. Sur la partie non à bâtir, les deux associations pensent signer un commodat".

[206] H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, p. 178.

a edificare costruzioni sul terreno del locatore[207] e a conservarle in buono stato per tutta la durata del contratto, che, come la locazione enfiteutica, è consentito, nelle stesse condizioni e forme, a chi ha il diritto di alienare il fondo, anche in questo caso per una durata tra i 18 e i 99 anni (in origine, la durata massima prevista era di 70 anni[208]) e senza che possa essere prorogato per tacita riconduzione[209]. Anche in deroga a tali disposizioni, quando però il *bail à construction* s'inquadra in un'operazione sociale di accesso alla proprietà immobiliare per le classi svantaggiate, con opzione di acquisto del terreno da parte del conduttore, il contratto ha fine con la cessione del terreno. La locazione in discorso conferisce espressamente al conduttore un diritto reale immobiliare[210]: esso può essere oggetto di esecuzione forzata immobiliare ed è passibile d'ipoteca, così come possono essere ipotecate le costruzioni realizzate sul terreno locato. Il conduttore può inoltre cedere i suoi diritti in misura totale o parziale, ovvero conferirli in società: il cessionario o società sarà allora tenuto ai medesimi obblighi del cedente – e in particolare a costruire secondo i parametri e i limiti originariamente convenuti – il quale ne resta garante solo fino al completamento dell'insieme delle costruzioni che il primo locatario si è impegnato a edificare[211]. Il conduttore

[207] Sicché si è osservato che la non costruibilità sul terreno in conformità alle regole urbanistiche è ragione di nullità del contratto: H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, p. 180.

[208] Ma già in dottrina se ne auspicava una parificazione alla durata della locazione enfiteutica: D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, in *Gaz. Pal.*, 1974, *Jurisprudence*, I, p. 439.

[209] V. *Cass. 3e civ., 5 nov. 2008, n. 07-18174*; J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, p. 87: "[La durée] demeure toujours susceptible d'une prorogation expresse sans qu'il soit, selon nous, nécessaire qu'elle s'accompagne d'un engagement d'édifier de nouvelles constructions […]. En tout état de cause, l'administration fiscale ignore une telle prorogation et estime que le bail produit, en ce qui concerne les constructions originairement convenues, ses conséquences à la date initialement fixée pour son expiration quels que soient les accords ultérieurs".

[210] V. J.-L. Tixier, *Le bail à construction: de la théorie à la pratique*, Parigi, 2006, p. 13: "Cette nature réelle explique, d'une part, pourquoi il n'est imposé au bailleur aucune obligation une fois le droit constitué et, d'autre part, l'absence de toute analogie avec quelque droit personnel que ce soit".

[211] Cfr. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 136: "Dans l'ordre du contrat on pourrait se borner

può inoltre consentire tutte le servitù passive indispensabili alla realizzazione delle costruzioni previste dall'accordo, senza che queste siano sottoposte al limite di durata del contratto: è per esempio il caso delle servitù la cui costituzione è richiesta come condizione per il rilascio del permesso amministrativo di costruire[212]. Il contratto deve essere registrato secondo le norme in tema di pubblicità fondiaria, rispondendo alle forme richieste dalla relativa regolamentazione, ai fini di essere opponibile ai terzi[213] e suscettibile d'ipoteca. Le parti possono convenire i propri rispettivi diritti di proprietà sulle costruzioni già

à constater une dérogation légale aux effets de la cession de dette qui, en principe, continue à engager le cédant. Il est plus significatif d'y lire une consécration de la propriété superficiaire du preneur. Dans ce cas, les loyers sont cédés non pas comme une dette mais comme une obligation accessoire à un bien".

212 V. art. L471-1 del *Code de l'urbanisme*. Quanto al rapporto tra superficie e servitù in Italia, pare ivi ammissibile "la servitù costituita su un bene in diritto di superficie: situazione ipotizzabile con riferimento sia ad un immobile in proprietà superficiaria che ad un terreno sul quale il superficiario vanti un autonomo diritto *ad aedificandum*": M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 246, escludendo recisamente (p. 161) dal novero delle servitù il diritto di appoggio della costruzione (ma v. *Cass. civ., sez. II, 21 aprile 2004, n. 7655*), in quanto fattispecie costituente e necessaria del diritto di reale di fare e mantenere la costruzione sul suolo di altri, quale previsto dal C.c.; v. anche *Cass. civ., sez. II, 15 aprile 1999, n. 3750*, che contempla la "costituzione di diritti di servitù, a carico della superficie, strumentali allo sfruttamento del sottosuolo"; cfr. pure la particolare situazione in *Cass. civ., sez. II, 24 novembre 2009, n. 24701*: "la contemporanea costituzione, a carico del medesimo immobile e tra gli stessi soggetti, sia di un diritto di superficie sia di una servitù altius non tollendi risponde allo scopo di assicurare ad uno solo di essi una posizione di privilegio perdurante nel tempo, in quanto consente al superficiario la scelta di edificare sullo spazio aereo oppure di mantenere la visuale sull'altrui fabbricato anche dopo l'estinzione per non uso del diritto di superficie". Sulle servitù concesse dal proprietario superficiario, con particolare riferimento alle problematiche della loro estinzione, v. anche B. Biondi, *Le servitù*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1967, pp. 272-273; l'Autore, peraltro, ammette in generale che tra suolo e superficie possa intercedere servitù (p. 209) e qualifica sistematicamente come servitù lo stesso diritto del superficiario di mantenere l'edificio su suolo altrui (pp. 693 ss.). Osserva il Pugliese che il superficiario già prima della realizzazione della costruzione potrà richiedere nei confronti di terzi la costituzione coattiva di una servitù di passaggio sul fondo altrui: G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 489.

213 V. *App. Paris, 6 sept. 2000, Ch. 16, sect. A, n. JurisData: 2000-124914*; sulle problematiche della pubblicità immobiliare con riferimento al diritto di superficie in Italia, v. G. Gabrielli, *Diritto di superficie e pubblicità nei registri immobiliari e nei libri fondiari*, in *Vita notarile*, 2008, pp. 86 ss.

esistenti e su quelle edificate durante il rapporto: in mancanza di tale clausola contrattuale, il locatore ne diventa proprietario al termine del contratto, profittando dei miglioramenti effettuativi; in dottrina, nell'interpretare tale disposizione, si distingue tra le costruzioni edificate dal conduttore e quelle preesistenti, ritenendo che queste ultime, che (se non escluso dall'accordo) il conduttore può demolire per ricostruire, restino in assenza di pattuizione di proprietà del locatore[214]. Il diritto reale conferito dal *bail à construction* altro non è che un diritto di superficie[215], il conduttore obbligandosi a titolo principale all'edificazione e al mantenimento in buono stato delle costruzioni: ancor più che nella locazione enfiteutica, l'equilibrio del contratto trova il proprio perno ed elemento vitale nella concessione di un diritto di superficie[216], che, secondo l'accordo tra le parti, potrà estendersi anche sugli edifici preesistenti, attribuendone al conduttore la proprietà temporanea[217]. Altrimenti detto, il *bail à*

[214] H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, pp. 414-415; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 830. Tale tesi, seppur autorevolmente sostenuta, pare però in contrasto tanto con il tenore letterale del testo quanto con una sua lettura sistematica, in quanto la legge tende a porre in ogni caso sullo stesso piano le due categorie di costruzioni, per esempio affermando esplicitamente per entrambe la responsabilità del conduttore in caso d'incendio. Per l'Italia, sul rapporto tra proprietario del suolo e titolare del diritto reale di costruirvi, con riferimento a quanto già esistente sopra il suolo, cfr. G. Musolino, *L'oggetto del diritto di superficie e la responsabilità extracontrattuale del superficiario e del proprietario del suolo*, in *Rivista del notariato*, 2016, II, p. 1166: "Se il titolo nulla prevede al riguardo, il proprietario del suolo ha la possibilità di mantenere le costruzioni o le opere sul suolo medesimo, come pure gli alberi, i boschi o le piantagioni, almeno fino al momento in cui il superficiario dichiari di volere cominciare l'attività edificatoria: costruzioni, piantagioni e alberi non ricadono infatti nell'oggetto del diritto del superficiario".

[215] H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 177-179.

[216] G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 236.

[217] R. Saint-Alary, *Bail à construction et opérations d'urbanisation (commentaire de la loi n. 64-1247 du 16 décembre 1964)*, in *JCP*, 1966, n. 1976, par. 26; J.-L. Bergel, *L'accession différée en matière immobilière*, in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Parigi, 2007, p. 20; una ricostruzione meno nitida della fisionomia del diritto attribuito si riscontra in G. Cornu, *Droit civil – les biens*, XIII ed., Parigi, 2007, p. 250: "Pendant la durée du bail […], s'opère une dissociation qui s'apparente, mais sous d'importantes particularités, au droit de superficie. […] Le bail à construction confère au preneur d'une part un droit réel immobilier sur l'ensemble du fonds, d'autre part la propriété des constructions […]".

construction è un'estrinsecazione "pura" e immediata del diritto di superficie[218] – da intendersi in una più moderna concezione tanto come diritto proprietario sulla costruzione già edificata che come diritto reale d'innalzare la stessa[219] – sia pure incastonato in un rapporto di locazione, delle cui vicende esso risente ed è influenzato. È una manifestazione del diritto di superficie temporanea o eventualmente perpetua, secondo l'accordo che regola la sorte delle costruzioni alla fine del rapporto.

b. *Differenza tra* bail à construction *e* bail emphytéotique *ed elementi essenziali*

Il *bail à construction* presenta importanti somiglianze con il *bail emphytéotique*, sul cui esempio la sua disciplina è stata in gran parte modellata e con cui condivide tanto la natura di locazione quanto l'attribuzione al conduttore di una situazione reale (ma consistente in un caso in un solo diritto reale, di superficie, mentre nell'altro caso di due distinti diritti reali, di enfiteusi e di superficie), quanto, ancora, l'operare di una scissione tra proprietà del suolo e del soprassuolo (o, eventualmente, del sottosuolo, per esempio per la realizzazione di esercizi

[218] J.-L. Bergel, *L'accession différée en matière immobilière*, in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Parigi, 2007, p. 20; non sembra da accogliersi, sulla base di una riflessione sulla funzione economico-sociale dell'istituto, nonché in quanto crea più complicazioni di quante ne risolva, la diversa prospettazione del diritto conferito dal *bail à construction* come un diritto reale simile all'enfiteusi, di cui l'ulteriore diritto reale di superficie sia solo un ulteriore elemento accessorio, una volta venute in essere le costruzioni: per tale tesi, che sdoppia il diritto reale attribuito al conduttore, v. H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, pp. 5-6, pp. 414-415; C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 465.

[219] V. J.-L. Tixier, *Le bail à construction: de la théorie à la pratique*, Parigi, 2006, pp. 12 ss., in part. p. 13: "Le preneur est titulaire d'un droit réel imposant obligation de construire un édifice et accordant immédiatement, à cet effet, les prérogatives d'un propriétaire"; p. 19: "En définitive, il faut surtout retenir que le preneur bénéficie d'un droit réel qui est un droit de superficie dès la conclusion du contrat et qui porte tant sur la surface du terrain que sur la construction qu'il est amené à édifier, dont il devient propriétaire en qualité de superficiaire"; v. anche *Cass. 3e civ., 16 mai 2001, n. 98-70142*.

commerciali in ambienti sotterranei, cantine, parcheggi, ecc.[220]). Tuttavia, le finalità dei due contratti, seppure non distanti, non coincidono e i loro regimi, pur presentando analogie, non sono affatto sovrapponibili, essendo peraltro l'utilizzo del solo *bail à construction* corredato di vantaggi fiscali; inoltre, a differenza della locazione enfiteutica, si ritiene che, nel caso del *bail à construction*, in mancanza di specifiche previsioni si possano applicare le regole comuni della locazione[221]. Per questo acquista importanza l'esatta qualificazione del contratto, come ha di volta in volta ricostruito la giurisprudenza, tanto determinando la stessa in mancanza di un'espressa menzione delle parti quanto censurandola e correggendola se non corrispondente con il regime complessivo delle clausole contrattuali[222]. Alla base della distinzione tra le due figure giuridiche sta, secondo i giudici, il loro diverso incentrarsi su un'operazione di miglioramento del fondo con l'apporto di plusvalenze di varia natura (eventualmente colturali), rispetto a cui le eventuali opere di edificazione concordate hanno un ruolo accessorio, oppure su una più specifica obbligazione principale di costruire. Ha natura enfiteutica allora la locazione con cui è concesso al conduttore di edificare tutte le costruzioni a uso commerciale o industriale che desideri, senza però avere alcun obbligo di costruire[223], mentre è un *bail à construction* il contratto che pone in capo al conduttore proprio

[220] Cfr. *App. Paris, 6 sept. 2000, Ch. 16, sect. A, n. JurisData: 2000-124914; App. Paris, 24 févr. 2005, Ch. 34, sect. B, n. JurisData: 2005-267065*.

[221] C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 7; *contra*, almeno per quanto riguarda "l'essenziale", P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, VIII ed., Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 367; nonché, in generale, J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, p. 87; *CA Versailles, Ch. 3, 27 mars 1992, n. JurisData: 1992-041251*, applica le norme del *Code civil* sulla diminuzione del canone per perdita parziale della cosa locata; però, *Cass. 3e civ., 11 mai 1988, n. 86-19563* non applica la disciplina sul regime delle clausole risolutorie prevista per le locazioni commerciali.

[222] *Cass. 3e civ.*, *11 juin 1986, n. 84-17222*; *App. Paris, 24 févr. 2005, Ch. 34, sect. B, n. JurisData: 2005-267065*.

[223] *Cass. 3e civ.*, *11 juin 1986, n. 84-17222*; *Cass. 3e civ.*, *8 sept. 2016, nn. 15-21381* e *15-22374*.

l'obbligo di costruire[224], magari prevedendo anche in dettaglio le opere di costruzione da svolgere[225].

Oltre a ciò, la modicità del canone, sia essa un elemento essenziale o naturale della locazione enfiteutica, non caratterizza invece il *bail à construction*, le cui operazioni ben si adattano a un prezzo consistente (sulla cui revisione la legge prescrive precise regole), tale da invogliare il proprietario del fondo alla sua messa a disposizione del costruttore, mentre nel caso del *bail emphytéotique* la rimunerazione principale del concedente consta della plusvalenza apportata[226]. Vari altri elementi differenziano il regime dei due contratti: per esempio, nel *bail à construction*, si riscontrano l'esplicita previsione della possibilità di una cessione parziale e l'obbligo di garanzia che permane in capo al primo conduttore e, in tema di rimunerazione della locazione nel corso del tempo, il prezzo può essere pagato diversamente rispetto al mero versamento di un canone periodico; ancora, il *bail à construction* è meno sfavorevole a una risoluzione anticipata in situazioni di mancato pagamento anche in una sola occasione o di eccessiva onerosità sopravvenuta, disponendo per tali ipotesi una diversa disciplina delle ipoteche nel frattempo costituite[227]. In definitiva, i due contratti sono relativamente simili per quanto concerne i diritti conferiti al conduttore, differenziandosi invece significativamente in merito alla sua obbligazione essenziale[228]. Voci in dottrina auspicano un accorpamento degli istituti, individuando una tendenza a una certa loro assimilazione nel diritto vivente e sollecitando di favo-

224 Tenuto, per esempio, a "édifier sur le terrain et […] aménager l'infrastructure du nouvel immeuble à édifier tel qu'il est désigné dans l'exposé qui figure en tête du présent", in *App. Paris, 24 févr. 2005, Ch. 34, sect. B, n. JurisData: 2005-267065*. Cfr., *amplius*, peraltro favorevole a una nozione di edificazione di costruzione piuttosto ampia, tale da iscriversi in una concezione flessibile che tenga in considerazione le molteplici possibili configurazioni volte alla valorizzazione di un terreno, J.-L. Tixier, *Le bail à construction: de la théorie à la pratique*, Parigi, 2006, pp. 105 ss.

225 *App. Paris, 6 sept. 2000, Ch. 16, sect. A, n. JurisData: 2000-124914.*

226 *Cass. 3e civ., 5 déc. 2001, n. 99-20.871; CA Aix-en-Provence, Ch. 4, 20 oct. 1987, n. JurisData: 1987-048848.*

227 J. Viatte, *Bail à construction et bail emphytéotique*, in *Revue des loyers*, 1966, pp. 90 ss.

228 J. Viatte, *Bail à construction et bail emphytéotique*, in *Revue des loyers*, 1966, p. 96.

rire tale istanza, oggi ostacolata dalla legislazione, fondendo i due schemi in uno solo avente un campo d'applicazione tale da inglobare l'insieme delle caratteristiche dell'uno e dell'altro, con l'ulteriore vantaggio di eliminare le incertezze in situazioni di confine come l'obbligazione del conduttore di svolgere un'edificazione parziale o un rinnovamento di leggera entità o un programma di consistenti e specificati miglioramenti[229]. Resta da capire quali conseguenze comporterebbe una simile scelta sul regime delle enfiteusi rustiche, non imperniate sull'edificazione del fondo.

Nel quadro di uno schema estremamente dispositivo, più ancora della locazione enfiteutica, come ulteriormente accentuato dalla giurisprudenza, lo stesso legislatore prescrive espressamente il carattere di ordine pubblico, quindi inderogabile, di alcune delle regole del *bail à construction*: così è per le disposizioni riguardanti la cedibilità del diritto[230], con obbligo di

[229] J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique et bail à construction: leurs différences sont-elles encore justifiées ?*, in *RDI*, 2010, p. 513; v. anche P. Delvolvé, *Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques: l'incohérence*, in *RFDA*, 2010, pp. 1125-1132; per una conseguente specifica proposta d'intervento normativo in tal senso, con una revisione anche del regime degli schemi di diritto amministrativo attributivi di un diritto reale, cfr. Ph. Malinvaud, *Bail réel immobilier et bail réel immobilier administratif: offre de loi du Club des juristes*, in *RDI*, 2013, pp. 396-397; J.-L. Tixier, *Le bail réel immobilier*, in *RDI*, 2013, pp. 398-404; P. Delvolvé, *Le bail réel immobilier administratif*, in *RDI*, 2013, pp. 405 ss.; tale progetto di semplificazione non sembra per ora avere fatto breccia nell'opera del legislatore, che a dispetto di esso continua in questi anni a moltiplicare e a differenziare le figure di locazioni reali.

[230] V. *Cass. 3e civ., 24 sept. 2014, n. 13-22357*, su cui osserva in nota M. Poumarède, in *RDI*, 2014, 641: "Inédite, la solution conduisant à une nullité par retranchement de la clause d'agrément, tout en maintenant la qualification de bail à construction, peut être approuvée en ce qu'elle est destinée à protéger le preneur, ayant conclu un bail de très longue durée"; sul meccanismo di tale cessione, cfr. J.-L. Tixier, *Le bail à construction: de la théorie à la pratique*, Parigi, 2006, p. 20: "C'est le contrat lui-même, tout entier qui est cédé, c'est-à-dire le droit réel de superficie et donc de propriété sur les bâtiments. Le cessionnaire se trouvant subrogé dans l'exercice des droits […] du preneur initial doit se soumettre aux obligations attachées à l'existence de ses droits". In Italia, si sostiene la possibilità che l'atto costitutivo del diritto di superficie contenga clausole limitative della sua trasferibilità, nei limiti imposti dall'articolo 1379 per i divieti convenzionali di alienazione: L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 953; ma altrove si è affermata la possibile efficacia reale dell'accordo: M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 192; G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*,

garanzia del primo conduttore, e per la possibilità di consentire le servitù passive indispensabili per costruire[231]; così è anche per la competenza del presidente del *Tribunal de grande instance* sulle controversie vertenti sulla revisione del canone. Tali norme non sembrano tuttavia esaurire gli elementi essenziali del contratto in analisi, che occorrerà quindi ricostruire seguendo le orme di giurisprudenza e dottrina francesi. Oltre che rispetto alla locazione enfiteutica si pone inoltre la questione della distinzione del *bail à construction* dalle comuni locazioni e dalle locazioni commerciali[232], anche per l'applicazione dei benefici fiscali, crescenti quanto più è lunga la durata del contratto, che sono associati soltanto alla locazione anomala in discorso.

A tutti questi fini rileva prima di tutto la presenza o meno dell'impegno a titolo principale del conduttore a edificare costruzioni[233], nonché a mantenere le stesse in buono stato, la sola presenza della seconda obbligazione non essendo sufficiente per la qualificazione del contratto; a differenza di un ordinario contratto di locazione, gravano sul locatario anche le grandi riparazioni, tanto degli edifici nuovi quanto di quelli preesistenti, in uno schema evidentemente concepito soprattutto in vista di un ritorno degli immobili al locatore alla fine del contratto[234],

Milano, 1998, p. 98; G. Musolino, *La superficie. Contenuto del diritto e poteri del superficiario e del proprietario del suolo*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 791 ss.

231 Le parti possono però stabilire convenzionalmente un diverso regime per le servitù passive diverse da quelle indispensabili per la realizzazione delle costruzioni: *Cass. 3e civ., 16 juill. 1998, n. 96-21180.*

232 *Ex ceteris*, v. *Cass. 3e civ., 20 mai 1992, Gaz. Pal., 1992, II, Panorama, 243*; *CA Paris, 16e Ch., sect. B, 8 nov. 1990, RDI, 1991, 71.*

233 Senza che la qualificazione di locazione volta alla costruzione sia inficiata dalla clausola secondo la quale al termine del contratto il conduttore è tenuto e rimettere le cose nello stato in cui si trovavano al momento della sua presa di possesso, purché il contratto preveda l'impegno a titolo principale del conduttore a edificare costruzioni e conservarle in buono stato per tutta la durata del rapporto: *Cass. 3e civ.*, *30 janv. 2008, n. 06-21292*; v. anche *Cass. 3e civ., 20 mai 1992, Gaz. Pal., 1992, II, Panorama, p. 243*. Pertanto, osserva H. Périnet-Marquet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé*, in *RDI*, n. 1, 2009, p. 19: "la remise des constructions en fin de bail n'est donc pas l'élément de rémunération obligatoire ou même principal d'un bail à construction"; presumibilmente, in una tale ipotesi il canone avrà un valore economico particolarmente consistente, essendo l'unico elemento di rimunerazione del locatore: J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, p. 88.

234 Osservano sul punto H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas,

ma, in caso di accordo per una loro permanenza in proprietà del conduttore, anche mirante a evitare un acquisto della costruzione a vile prezzo[235], al tempo stesso garantendo, anche nell'interesse generale, una buona manutenzione del patrimonio immobiliare. Alcune voci in dottrina contestano l'essenzialità di un siffatto obbligo, ritenendo realizzato il disposto legislativo anche in presenza di un contratto che, pur non imponendo al conduttore un esplicito dovere di costruire, sia stipulato in vista di un'opera di costruzione, anche concedendo soltanto una facoltà di edificare[236].

In secondo luogo, è essenziale il carattere reale immobiliare del diritto conferito[237], di cui già si è osservata la natura di diritto di superficie. Quale che sia la lettura teorica accolta dell'istituto della superficie, può affermarsi l'essenzialità del diritto reale alla funzione economico-sociale del contratto in discorso, dovendosi quindi negare la qualificazione di *bail à construction* al contratto che preveda l'immediato operare dell'accessione a favore del locatore sulle costruzioni realizzate. La *Cour de Cassation*, attenendosi generalmente alla distinzione in clausole suppletive e di ordine pubblico quali qualificate dallo stesso testo della legge, ha in ogni caso ritenuto valido e conforme alle regole dell'istituto in discorso il patto che limiti l'esercizio del diritto reale conferito imponendo restrizioni alle attività del conduttore. Così essa ha avallato la clausola che subordinava all'autorizzazione del locatore l'edificazione di nuove costruzioni nel corso del contratto[238], il patto che vincolava al gradimento del locatore

Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 415: "Comme le bail est de longue durée, il ne faut pas exagérer cet avantage : après 99 ans, ou même 60 ans, malgré un bon entretien, les immeubles modernes de construction médiocre seront fortement dépréciés".

[235] D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, in *Gaz. Pal.*, 1974, *Jurisprudence*, I, p. 437.

[236] V. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 166: "Ainsi, selon nous, toutes les opérations tendant à réaliser au moyen d'un bail une cession temporaire du droit de construire devraient mériter la qualification de bail à construction".

[237] G. Liet-Veaux, J. Schmidt, *Le bail à construction*, in *D.*, 1965, *Chronique*, p. 72; H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, p. 182.

[238] *Cass. 3e civ., 5 déc. 2007, JCP, 2008, II, n. 10102*; *App. Aix-en-Provence, 5 févr. 2013, n. 10/13039, RDI, 2013, 322.*

un cambiamento dell'attività svolta sul bene dal conduttore[239], nonché l'accordo che escludeva proprio ogni utilizzo del terreno diverso da quello contrattualmente previsto[240]. Si manifesta così un'attitudine giurisprudenziale favorevole a una marcata libertà delle parti d'intervenire sul contenuto del diritto reale oggetto del contratto, coerente con il più generale orientamento dei giudici francesi in tema di conformazione negoziale dei diritti reali. Se questa accentuata disponibilità è sicuramente un punto di forza che ha favorito la diffusione del *bail à construction*, può lasciare perplessi un indirizzo (in sede di controversie civilistiche) della suprema giurisdizione che, in presenza peraltro d'importanti incentivi fiscali in dipendenza della conclusione di un tale contratto, sembra disconoscerne anche i caratteri essenziali sulla base dei quali è possibile ricondurre sotto alcuni elementi di unità operazioni economiche fra loro differenti, con un rischio di frammentazione della figura contrattuale in una miriade disorientante di operazioni prive di punti di contatto[241]. Viene da chiedersi se tale orientamento, peraltro difforme da quanto riscontrato per la locazione enfiteutica, rischi di travolgere persino il connotato essenziale della realità del diritto conferito[242], minando alla radice la riconoscibilità stessa dell'operazione contrattuale legislativamente tipizzata e rischiando di paralizzarne il successo economico.

La durata minima, di cui pure il legislatore non ha esplicitato il carattere imperativo, figura in dottrina come elemento essenziale, sia pure di minore rilievo rispetto ai caratteri precedentemente analizzati[243]. Anche in questo caso, tale ricostruzione,

239 *Cass. 3e civ., 7 avr. 2004, n. 02-16283.*

240 *Cass. 3e civ.*, *5 nov. 2008, n. 07-18174.*

241 V. R. Vabres, *Bail à construction et liberté contractuelle, note sous Cass. 3e civ.*, *5 déc 2007*, in *JCP*, 2008, *Jurisprudence*, n. 10102: "la Cour de cassation […] semble admettre toutes les clauses conventionnelles, dès lors qu'elles ne portent pas atteinte aux règles d'ordre public. En conséquence, certaines clauses, même portant sur des dispositions supplétives, sont susceptibles de gêner l'exploitation économique des constructions et du terrain, allant ainsi à l'encontre des objectifs du législateur. La solution de la Cour de cassation, en dépit de sa rectitude juridique, n'est donc pas à l'abri de critiques".

242 R. Vabres, *Bail à construction et liberté contractuelle, note sous Cass. 3e civ.*, *5 déc 2007*, in *JCP*, 2008, *Jurisprudence*, n. 10102.

243 C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr.*

pure più conforme alla natura e alla funzione del contratto, non sembra convincere la giurisprudenza, riscontrandosi decisioni che affermano il carattere dispositivo della norma, ammettendo la convenzione contraria delle parti[244]. Il contratto può inoltre essere sottoposto a condizioni sospensive[245], quale, in particolare, la concessione del permesso di costruire, il cui successivo ritiro, senza colpa del conduttore, può dar luogo a risoluzione per sopravvenuta causa di forza maggiore[246].

c. *Obblighi e diritti delle parti e fine del rapporto*

Il *bail à construction* è un contratto a titolo oneroso, sicché la sua conclusione in cambio di un prezzo derisorio comporta nullità per mancanza di causa[247]; tuttavia, la giurisprudenza ha talvolta valutato in maniera flessibile la consistenza della controprestazione del conduttore, avallando per esempio un contratto che, pur prevedendo un canone meramente simbolico, comportava, nell'economia complessiva dell'operazione, un significativo beneficio per il locatore, che aveva concesso un terreno senza grande valore di mercato ottenendo alla fine del rapporto la piena proprietà delle opere realizzate, che avrebbe dovuto poi locare ancora allo stesso conduttore, ma per un prezzo anche significativo[248]. Conformemente all'articolo L251-5, il prezzo della locazione nel corso del tempo può essere tanto in natura

civ., Parigi, 2013, pp. 5-6.

[244] *App. Paris, 6 sept. 2000, Ch. 16, sect. A, n. JurisData: 2000-124914;* la sentenza peraltro si appoggia anche, *ad adiuvandum*, sul fatto che il contratto era sì consentito per una durata di soli 12 anni, ma rinnovabili per due periodi di 9 anni ciascuno, risultando una durata complessiva non inferiore ai 30 anni.

[245] *Cass. 3e civ., 20 oct. 2010, 09-69645*; *Cass. 3e civ., 12 janv. 2011, n. 09-17068*.

[246] *Cass. 3e civ., 1 juin 2011, n. 09-70502.*

[247] *Cass. 3e civ., 21 sept. 2011, n. 10-21900.*

[248] *Cass. 1re civ., 19 déc. 1995, n. 94-11783*; cfr. *Cass. 3e civ., 16 févr. 2000, n. 98-118838*; v. anche J.-L. Bourgois, *Étude de cas sur l'utilisation du bail à construction*, in *Droit et patrimoine*, 1996, n. 41, p. 21: "Selon nous, un loyer substantiel n'est pas indispensable. L'accession en fin de bail, dans un contrat qui comporte précisément l'obligation d'édifier, obligation qui est même sa principale caractéristique, peut incontestablement constituer la cause de l'obligation du bailleur, donc du droit du preneur".

quanto un ordinario canone in denaro, essendo anche possibile prevedere entrambe le remunerazioni, con una disciplina adattabile per svariate tipologie di operazione. Il prezzo in natura[249], che ben può inquadrarsi nello schema contrattuale – incentrato sullo svolgimento di un'operazione di edificazione da parte di un terzo con modalità tali da associare il proprietario del fondo ai benefici della costruzione – consiste, allora, nella consegna al locatore, secondo le scadenze e a le condizioni pattuite, d'immobili o di frazioni d'immobili ovvero di titoli societari aventi vocazione al conferimento della proprietà o del godimento di tali immobili, il complesso delle operazioni di realizzazione, gestione e attribuzione degli immobili potendo anche assumere forma societaria[250]. Il pagamento del prezzo sotto forma di costruzioni realizzate dal conduttore nel corso della durata del rapporto può servirsi della tecnica della divisione dello spazio in volumi virtuali oggetto di autonoma appropriazione privata, nella misura in cui l'edificio realizzato, in ragione della sua eterogeneità, non rientri nell'ambito inderogabile di applicazione della disciplina della comproprietà immobiliare[251], come si approfondirà nel prosieguo.

[249] V. C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 9: "Bien que le législateur ait dû penser au cas où les immeubles ou fractions d'immeubles remis au bailleur seraient compris dans le programme de construction (et de même pour les titres), il ne l'a nullement précisé. Aussi, les parties peuvent-elles convenir que le prix du bail sera acquitté par la remise d'autres locaux appartenant au preneur ou de titres d'une société d'attribution réalisant une autre opération conduite par ce dernier ou par son engagement à construire une maison dans un certain délai".

[250] Per le società di attribuzione immobiliare, v. Codice della costruzione, artt. L212-1 ss., nonché, con specifico riferimento alla stipulazione di un *bail à construction*, *Cass. 3e civ., 31 mars 2005, n. 03-20096*; per le società cooperative di costruzione, artt. L213-1 ss.

[251] Cfr. J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, p. 356: "Si certains montages ne posent pas de difficulté lorsque l'implantation de la construction à livrer en cours de bail est indépendante de l'immeuble restant appartenir au preneur pendant la durée restant à courir du bail […], en revanche une difficulté apparaît lorsqu'il s'agit, par exemple, de la remise de locaux commerciaux en bas d'un immeuble dont le surplus est à usage d'habitation. […] Si, pendant la durée du bail, il peut être invoqué l'hétérogénéité des droits excluant l'application de la loi du 10 juillet 1965, il n'en sera pas de même à l'expiration du bail lors du retour des constructions dans le patrimoine du bailleur".

Nel caso di stipulazione di un canone periodico in denaro, il legislatore prevede precise regole, sia pur dispositive[252], per il calcolo di un coefficiente di revisione, al fine di evitare che, con il mutare dei prezzi e del mercato, in presenza di contratti a lungo e lunghissimo termine, il prezzo concordato diventi nel corso del tempo insignificante o comunque inferiore alle aspettative sulla base delle quali il proprietario del fondo aveva concluso la convenzione. Secondo tali disposizioni, il canone, a partire dal completamento dei lavori, è sottoposto a revisione triennale secondo un coefficiente la cui variazione è proporzionale a quella del reddito lordo dato dagli immobili, prendendo come base di computo il reddito del primo anno successivo al completamento dei lavori[253]. In caso di perdita delle costruzioni, il canone è mantenuto al livello che aveva raggiunto al momento della distruzione, fino a una loro eventuale ricostruzione. Salvo accordo contrario, il reddito sulla base del quale si calcola il coefficiente di revisione è il reddito medio per metro quadrato, ottenuto dividendo il reddito lordo globale per la superficie utile, espressa in metri quadrati, dei locali, spazi risistemati o installa-

[252] Le parti adottano frequentemente diverse modalità convenzionali di revisione e indicizzazione, spesso annuali, per esempio in funzione del variare del costo della costruzione, con l'avallo della giurisprudenza: *Cass. 3e civ., 4 mars 1981, n. 79-13960*; *Cass. 3e civ., 19 juill. 2000, n. 98-22127*.

[253] V. Codice della costruzione, art. R251-2: "L'année d'achèvement des travaux est celle au cours de laquelle a été adressée à la mairie la déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux prévue par l'article L. 462-1 du code de l'urbanisme ou, s'il en a été délivré plusieurs, celle au cours de laquelle a été délivré le dernier de ceux-ci.

Si, entre les dates du premier et du dernier desdits récépissés il s'est écoulé plus de deux ans, il est alors procédé à une révision du loyer pour ladite période. Cette révision est faite sur la base de la variation de l'indice du coût de la construction entre ces deux dates.

Si, pour quelque cause que ce soit, les locaux, aménagements ou installations n'ont fait, au cours de l'année civile qui suit celle de l'achèvement des travaux, l'objet d'aucune occupation, même partielle, donnant lieu à la perception de revenus locatifs, l'indice du coût de construction du premier trimestre de chacune des deux années de référence est pris pour base de calcul du coefficient de variation en vue de la révision devant intervenir à l'issue de la première période triennale suivant l'achèvement des travaux.

Si les travaux ne sont pas achevés à l'expiration de la sixième année du bail, la variation du coefficient de révision est proportionnelle à la variation des indices du coût de la construction entre les derniers trimestres des troisième et sixième années du bail".

zioni che abbiano prodotto reddito attraverso la loro locazione nel corso dell'anno di riferimento[254]. Per i locali a uso abitativo, la superficie utile è quella abitabile. In un caso di perdita parziale della cosa locata dovuta all'espropriazione di una porzione non costruita del fondo, i giudici, in assenza di specifiche previsioni, hanno ritenuto applicabili le regole generali del *Code civil* in tema di locazione, stabilendo una riduzione del canone[255].

Il locatore e il conduttore possono essere tanto persone fisiche quanto giuridiche, e in tal caso di diritto privato o pubblico (quantomeno per i beni non demaniali). I proprietari dei terreni potranno anche organizzarsi in un sindacato associativo, come previsto dagli articoli L322-1 e seguenti del Codice dell'urbanistica: infatti, possono essere oggetto di un'associazione fondiaria urbana anche i raggruppamenti di fondi in vista di conferirne l'utilizzo a un terzo, in particolare attraverso un *bail à costruction*. Le obbligazioni del locatore rientrano fra quelle generalmente previste dal diritto comune, ovvero di mettere il bene a disposizione del conduttore e di garantirne il pacifico godimento, potendo comunque continuare a disporre liberamente della propria situazione giuridica[256]. In ogni caso il costruttore, titolare di un diritto reale, potrà direttamente avvalersi di tutele tanto possessorie quanto petitorie. Oltre agli obblighi che si sono già analizzati, di costruzione e pagamento del prezzo, il conduttore è tenuto a tutte le spese, tasse e imposte relative tanto alle opere, quanto al terreno. Una serie di disposizioni, derogabili, sembra comporre un delicato equilibrio a metà strada tra il principio *res perit domino* e il diritto comune delle locazioni, a riprova dei due volti dell'istituto oggetto di analisi. Tenuto alla conservazione in buono stato delle costruzioni e alle

[254] V. anche art. R251-1, comma 2: "Le premier coefficient de révision du loyer est égal au rapport entre les revenus moyens au mètre carré afférents, d'une part, à l'année civile qui précède celle de la première révision, et, d'autre part, à l'année civile qui suit l'achèvement des travaux".

[255] *CA Versailles, Ch. 3, 27 mars 1992, n. JurisData: 1992-041251.*

[256] Rimarca G. Cornu, *Droit civil – les biens*, XIII ed., Parigi, 2007, p. 250, che il proprietario del suolo "ne reçoit pas le prix du terrain: aspect important de la finalité de l'opération. Tout se passe comme s'il vendait, mais sans recevoir de prix de vente. L'opération tend à décharger la construction du prix du sol (cette économie permettant de construire à des conditions moins onéreuses)".

riparazioni di ogni natura[257], il conduttore non è però obbligato finanche a ricostruire gli edifici distrutti per caso fortuito o forza maggiore o, solo per quelli preesistenti all'accordo, per un vizio di costruzione anteriore al contratto. Salva stipulazione contraria, può demolire le costruzioni preesistenti in vista di una loro ricostruzione. Risponde dell'incendio degli edifici preesistenti e di quelli che ha edificato, senza quindi andare esente da responsabilità neppure nell'eventualità di caso fortuito o forza maggiore. La difficoltà di coordinamento di questa disposizione con quanto si osserverà di seguito in tema di risoluzione del contratto rende auspicabile un'esplicita stipulazione convenzionale sul punto – e più in generale sulle ipotesi di distruzione delle costruzioni, scegliendo secondo le concrete esigenze di avvicinare il loro regime alle soluzioni proprie del diritto delle locazioni ovvero di quello della proprietà – che perlopiù si tradurrà in un obbligo di assicurazione del conduttore[258].

Il conduttore può liberamente, restando garante delle proprie obbligazioni[259], apportare in società il diritto di cui è titolare o cederlo del tutto o in parte – dando vita in quest'ultimo caso a una situazione complessa di scissione del contratto[260] e frammentazione dei relativi obblighi e diritti in una rete di rapporti giuridici che legano fra loro i soggetti coinvolti – secondo una prescrizione che si è già constatata di ordine pubblico. Inoltre, può liberamente dare in locazione gli immobili compresi nel suo diritto, siano già stati o meno oggetto dei lavori di edificazione[261],

[257] *Cass. 3e civ., 17 déc. 2003, n. 02-11050*; *Cass. 3e civ., 10 nov. 2009, n. 08-18537*.

[258] C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, pp. 171-174.

[259] Malgrado il carattere di ordine pubblico della disposizione, si è ritenuto che il locatore possa rinunziare, al momento della cessione o in seguito, alla garanzia del primo conduttore: cfr. *Réponses ministérielles*, in *JCP N*, 1970, *Pratique*, p. 12.

[260] C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 13.

[261] Un'ulteriore locazione che può anche contenere, a sua volta, l'obbligo o la facoltà del secondo conduttore di costruire; tuttavia, si sostiene in dottrina, senza che essa possa attribuire a sua volta il diritto reale conferito da un *bail à construction*: v. J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, pp. 86-87: "en revanche, le recours à un « sous-bail à construction » est exclu, faute pour le preneur à construction de posséder la capacité à conclure un tel contrat, d'une part, et faute de pouvoir opérer, à son tour, une dissociation entre la propriété du sol et

anche in locazione commerciale: il diritto del commerciante ulteriore conduttore si esaurisce allora – salva diversa pattuizione nel titolo che ha dato luogo alla prima locazione – con la fine del primo contratto di *bail à construction*, non godendo, allo scadere di esso, di alcun diritto al rinnovo o a un'indennità[262]. Altri diritti e obblighi possono essere imposti alle parti dalle clausole del titolo contrattuale, che in particolare determinerà più o meno dettagliatamente cosa, dove, quando[263] e come costruire e con quali limiti, nonché, tra l'altro, la durata del rapporto ed eventualmente le conseguenze della distruzione delle costruzioni, dell'edificazione di opere ulteriori rispetto a quelle concordate, possibili cauzioni a garanzia delle obbligazioni, lo stato e la destinazione economica dell'immobile al momento della riconsegna[264], ecc.: una precisa redazione delle clausole contrattuali, in presenza di regole quasi integralmente dispositive, è allora di particolare importanza.

Infine, fra le prerogative del conduttore, vi è quella di consentire servitù sul fondo. La sorte delle servitù non strettamente necessarie per la realizzazione dell'opera di costruzione si differenzia dalla sorte di quelle indispensabili, in quanto solo queste ultime sopravvivono al termine della locazione. Contestualmente al rapporto di locazione, hanno fine anche le ipoteche, i privilegi e altri vincoli, limitazioni e titoli di occupazione di ogni natura consentiti a terzi dal conduttore sui beni immobili oggetto del *bail à construction*, fatta salva, per le costruzioni, l'ipotesi dell'accordo che preveda che il conduttore rimanga proprietario di esse col finire del rapporto. Hanno termine anche le ulteriori

celle de sa surface et du volume qui la surplombe, que seul le propriétaire peut opérer, d'autre part".

[262] *Cass. 3e civ., 14 nov. 2007, n. 06-18133*; *CA Fort-de-France, Ch. civ., 12 août 2015, n. 14/00477*.

[263] Cfr. J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, p. 88: "Les règles de l'édification initiale à laquelle s'engage le preneur doivent être fixées. Pour convenir du délai, curieusement absent de la définition légale, de la détermination des constructions, des modalités de garantie d'exécution de l'obligation, il s'avère judicieux d'emprunter au dispositif légal applicable aux ventes d'immeuble à construire du secteur protégé ou au dispositif contractuel pratiqué hors de ce secteur".

[264] J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, pp. 87-89.

locazioni concesse dal primo conduttore, con l'eccezione, inserita dall'intervento della legge n. 2014-366 del 24 marzo 2014, dei locali a uso abitativo.

La causa più comune e fisiologica della fine del rapporto è la scadenza del termine convenuto. Ma esso, in una serie di casi contemplati, più ampia della locazione enfiteutica, sulla base di specifiche disposizioni, può anche incorrere in un'estinzione anticipata. Tale è il caso, in particolare, della risoluzione del contratto[265] in via amichevole, per volontà delle parti, ovvero giudiziale, per esempio per inadempimento, perlopiù delle obbligazioni del costruttore[266], per cui è spesso anche prevista una clausola risolutiva espressa[267]; inoltre, su domanda di ciascuna delle parti, la risoluzione giudiziaria può essere pronunziata se nel corso del rapporto le costruzioni sono state distrutte per caso fortuito o forza maggiore, il giudice stabilendo in tal caso anche sulle indennità che potrebbero essere dovute. In tutte queste ipotesi di risoluzione giudiziale o amichevole, i privilegi e le ipoteche, purché iscritti prima della pubblicazione della domanda giudiziale di risoluzione o dell'accordo risolutivo, continuano a sussistere fino alla data di scadenza della locazione superficiaria originariamente convenuta, in una disposizione evidentemente dettata da un'esigenza di garanzia dei creditori assistiti di cause legittime di prelazione[268]. In caso di espropria-

[265] La cessazione anticipata del rapporto potendo però comportare gravi conseguenze fiscali, con il venir meno nel corso dell'operazione di benefici che si erano previsti: cfr. D. Roche, *Le bail à construction: un bon outil fiscal de gestion immobilière à condition de parvenir à son terme*, in *La revue fiscale du patrimoine*, n. 2, 2016, pp. 2 ss.

[266] V. G. Liet-Veaux, J. Schmidt, *Le bail à construction*, in *D.*, 1965, *Chronique*, p. 74: "La sanction de la résiliation semble la seule issue à un bail à construction dont le preneur refuse de construire. La plupart du temps cette issue sera désastreuse, pour le bailleur, son terrain se trouvera bouleversé, sinon occupé par un chantier en cours.

Pour pallier ce danger, de nombreuses garanties devront être prises. Le projet de loi avait un instant comporté une garantie hypothécaire et une caution bancaire. L'idée peut être reprise par contrat".

[267] *Cass. 3e civ., 28 janv. 2004, n. 01-00893*; *Cass. 3e civ., 1 juin 2011, n. 09-70502*.

[268] V. C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 15: "La disposition légale n'en pose pas moins de sérieux problèmes d'application. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque le preneur du bail à construction ne rembourse pas le prêt hypothécaire qui lui a été consenti. Le

zione del terreno, l'indennizzo del conduttore per la perdita, per la durata pattuita, della proprietà degli edifici non esclude la necessità di un indennizzo anche al locatore, che non potrà più al termine del contratto conseguire gli stessi in proprietà[269].

La sorte delle costruzioni al termine della locazione dipenderà dal tipo di operazione economica concretamente voluta; come accennato, in mancanza di pattuizione difforme, esse diventeranno di proprietà del locatore, ritrovando applicazione la regola dell'accessione temporaneamente paralizzata, senza che alcuna indennità sia dovuta. Contestualmente, la proprietà temporanea del conduttore o dei suoi aventi causa si estinguerà.

L'eventuale clausola secondo cui la proprietà di quanto edificato resta in capo al conduttore realizza invece un equilibrio economico e la soddisfazione d'interessi di altro genere, potendo pure accompagnarsi a una cessione finale al conduttore anche dello stesso terreno, con varie possibili forme contrattuali (promessa di vendita, vendita a termine, vendita condizionata, opzione di acquisto, patto di preferenza, ecc.), in cambio di un prezzo che potrà essere corrisposto tanto al momento di tale cessione, quanto nel corso del tempo[270], integrando e rendendo più sostanziosi i canoni della locazione. Nelle operazioni caratterizzate dall'acquisto finale del terreno da parte del conduttore, il permanere al locatore della proprietà del terreno nel corso del rapporto contrattuale rivestirà allora una prevalente funzione di garanzia, mentre l'adesione allo schema contrattuale del *bail à construction* avrà garantito il godimento dei relativi benefici fiscali[271].

créancier va faire vendre en justice le bien hypothéqué qui continue d'être grevé de l'hypothèque. L'adjudicataire pourra entrer dans les lieux, se comporter à l'égal d'un propriétaire titulaire d'un droit de superficie, mais quels seront ses rapports avec l'ancien bailleur du bail à construction ? Lui devra-t-il un loyer ? on ne saurait dire en l'absence, apparemment, de toute jurisprudence sur la question. En fait, la situation paraît inextricable, sauf accord entre le bailleur et l'adjudicataire".

[269] *Cass. 3e civ., 31 mars 2004, n. 02-15754.*

[270] C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 16.

[271] Il *Code général des impôts* detta all'art. 151 *quater* alcune regole specifiche per l'imposizione come reddito della plusvalenza determinatasi in occasione della cessione del terreno nel caso in cui un *bail à construction* sia corredato di una clausola di trasferimento della proprietà del terreno al conduttore in cambio di un supplemento

d. Bail à construction *e comproprietà*

Un'ipotesi, che può dirsi di compromesso, permessa dal carattere derogabile delle norme in esame, è che locatore e conduttore convengano che, alla fine del contratto, le costruzioni non siano assegnate in via esclusiva né all'uno, né all'altro, bensì si formi tra essi una comproprietà sulla costruzione ed, eventualmente, anche sul terreno, sottoposta alla disciplina legale della comproprietà immobiliare, con la presenza di parti in proprietà esclusiva e parti in proprietà comune. È poi possibile che, nel caso di accordo per un pagamento in natura attraverso il conferimento in proprietà d'immobili o loro frazioni nel corso del rapporto, la comproprietà, e quindi la compresenza in un unico complesso immobiliare di parti esclusive e di parti comuni, si sia già formata allo scadere del termine: tale comproprietà potrebbe allora alla fine del rapporto o cessare anch'essa, con l'assegnazione integrale della costruzione al solo locatore, oppure, se così convenuto nel contratto, confermarsi e perpetuarsi in maniera definitiva. A dispetto delle aspettative che avevano accompagnato la discussione della legge che aveva introdotto il *bail à construction*, è quest'ultima probabilmente, piuttosto che l'instaurazione "postuma" della comproprietà allo scadere del termine, una modalità maggiormente concreta e praticabile per la realizzazione di un condominio alla fine del rapporto[272]. Naturalmente, una situazione di comproprietà precedente allo scadere del contratto presenterebbe la particolarità di escludere dalle parti comuni il suolo[273], di cui il loca-

di canone: in tal caso, "le montant de la plus-value nette est déterminé au moment de la signature du bail d'après la valeur du bien à cette date ; la durée de possession prise en compte pour l'établissement de la plus-value est la période comprise entre la date d'acquisition du bien par le bailleur et la date de transfert de propriété en fin de bail.

Le montant à ajouter aux revenus des plus-values est revalorisé suivant la même formule d'indexation que le loyer lui-même.

Les sommes et prestations de toute nature reçues par le bailleur en payement du prix de cession du terrain ne sont pas soumises au régime défini à l'article 33 *bis* [il quale sottopone le prestazioni dovute al locatore del *bail à construction* all'imposizione come redditi fondiari, nda]".

[272] R. Saint-Alary, *Baux à construction et copropriété*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Tolosa, 1996, pp. 659-661.

[273] Cfr. istruzioni del primo agosto 1979 in tema di costituzione della

tore sarebbe proprietario esclusivo; alcune sentenze tuttavia non vedono di buon occhio simili forme di convivenza di comproprietà e locazioni reali[274]. In ogni caso, la comproprietà realizza una possibile sintesi degli interessi delle parti coinvolte: da un lato del locatore, di non ritrovarsi alla fine del contratto titolare di una proprietà che verte soltanto sul suolo, spogliato di quasi ogni valore, da cui sono state sottratte le principali utilità economiche; dall'altro del conduttore, o dei suoi sub-acquirenti, di conseguire una proprietà definitiva su parte delle costruzioni realizzate.

Il novero di situazioni che ibridano variamente locazione superficiaria e comproprietà non è affatto esaurito. Niente impedisce per esempio che un *bail à construction* sia già da un primo momento stipulato o successivamente ceduto a più conduttori insieme, coobligati a costruire, tra i quali (ma non con il locatore) si stabilirà allora una comproprietà (temporanea, in quanto, salvo risulti diversamente dal contratto, allo scadere del termine la proprietà delle costruzioni tornerà al solo locatore), variamente articolata, sugli immobili da essi realizzati, laddove il diritto di superficie conferito dal contratto rientrerà fra le parti comuni tra i condomini[275], tra le quali invece, naturalmente, neanche in questo caso potrà rientrare la proprietà del suolo. Oppure, alcune persone, per esempio amici o imprenditori, interessati a realizzare insieme su un fondo comune un edificio di cui diventeranno condomini senza passare per un promotore immobiliare, potranno servirsi dello strumento del *bail à construction* per ottenere (uno o più di essi, o anche tutti quanti) in prestito il denaro necessario all'operazione di costruzione: in una simile situazione, i caratteri di flessibilità dell'istituto e la sua agevole spendibilità sul mercato del credito, in particolare con la contestuale stipulazione di un contratto di leasing immobiliare, potranno risultare particolarmente utili[276].

documentazione fondiaria, *B.O.I.*, n. 140 del 2 agosto 1979, 10 E-1-79, artt. 46 e 47.

[276] V. R. Saint-Alary, *Baux à construction et copropriété*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Tolosa, 1996, p. 662: "Sur la quote-part indivise du terrain comprise dans le lot de l'emprunteur, celui-ci consentira un tel bail. Tout ce qui sera construit sur cette quote-part deviendra la propriété temporaire de l'organisme-prêteur. Quant à l'emprunteur, cette propriété ne lui sera acquise par accession qu'à l'issue du

Ancora, come testimonia una controversia su cui si sono espressi i giudici francesi, il conduttore di un *bail à construction* con l'obbligo di realizzare dei parcheggi potrà far parte *pro quota* di un condominio con i proprietari delle porzioni del complesso immobiliare di cui i parcheggi fanno parte, con il diritto alla convocazione alle relative riunioni di condominio[277]. Più problematica potrebbe presentarsi l'ipotesi di concessione di una locazione superficiaria su un suolo qualificato tra le parti comuni del condominio, in considerazione della giurisprudenza che, pur ammettendo su di esse la costituzione di un diritto reale di godimento esclusivo, non riconosce al suo titolare, in quanto tale, la qualità di comproprietario, in quanto solo un diritto di proprietà può costituire la parte privativa di un lotto di comproprietà[278]. Vengono qui in rilievo le incertezze teoriche sulla natura del diritto di superficie in Francia; purtuttavia, nelle locazioni anomale qui analizzate il conduttore è a sua volta anche proprietario delle opere realizzate e, come tale, dovrebbe poter essere considerato in ogni caso membro del condominio, pur non avendo diritti dominicali sul suolo (la cui proprietà comune all'insieme dei comproprietari è d'altronde soltanto presunta dalla legge, nel silenzio o nella contraddizione dei titoli). Altro ancora è lo scenario in cui il conduttore di un *bail à construction* sia già uno dei comproprietari del condominio: la diversa nozione teorica che si adotti del diritto di superficie potrà variamente portare ad ammettere o a escludere una tale

contrat, après le dénouement du crédit-bail selon les prévision contractuelles. Dès lors l'unité du droit de copropriété sera reconstituée sur sa tête"; dunque, per tutta la durata dell'operazione vi saranno due figure (p. 670): "D'abord l'emprunteur en tant que titulaire de la quote-part de la propriété démembrée portant sur le sol. Ensuite l'organisme de crédit qui, preneur du bail, acquerra la propriété de la partie privative du lot et de la quote-part des parties communes de l'immeuble autres que le sol, afférentes au lot".

[277] V. per es. *App. Paris, 24 févr. 2005, Ch. 34, sect. B, n. JurisData: 2005-267065*: la locazione reale in tal caso insisteva su un terreno qualificato come parte privativa all'interno della comproprietà, sulla base di una convenzione che attribuiva espressamente al conduttore, per tutta la durata del rapporto, la titolarità delle parti comuni del condominio, nella proporzione delle frazioni di suolo dell'insieme immobiliare oggetto del contratto.

[278] *Cass. 3e civ., 6 nov. 2002, n. 01-03436; Cass. 3e civ., 16 janv. 2008, n. 06-15314; Cass. 3e civ., 8 oct. 2008, n. 07-16540; Cass. 3e civ., 2 déc. 2009, n. 08-20310; contra, Cass. 3e civ., 15 nov. 1989, n. 87-18188.*

possibilità[279]. Quando vi siano i presupposti legali, le costruzioni realizzate potranno essere organizzate, in alternativa al regime della comproprietà, secondo il modello della ripartizione in volumi di proprietà esclusiva, prevenendo radicalmente l'evenienza di simili problematiche.

Un'altra situazione che può infine dar luogo a una comproprietà si riscontra in caso di *bail à construction* corredato di una clausola che preveda l'acquisto finale anche del terreno da parte del conduttore o direttamente dei sub-acquirenti delle porzioni degli edifici da esso costruiti e a cui esso abbia ceduto i propri diritti: allo scadere del termine la proprietà del terreno finirà allora inclusa tra le parti comuni di un condominio tra i sub-acquirenti avente come oggetto gli edifici costruiti. Il vantaggio per tali sub-acquirenti sarà di aver giovato di un prezzo d'acquisto iniziale più modesto, diventando in un primo tempo proprietari del solo appartamento e solo in un secondo tempo, magari attraverso l'esercizio di un diritto d'opzione, comproprietari del suolo, ripartendo i pagamenti nel corso di periodi più lunghi, prima volti all'acquisto della costruzione e, solo dopo, anche del terreno[280]. Proprio sulla base di schemi di tal fatta si sono articolate complesse operazioni di carattere sociale, promosse da soggetti pubblici, volte all'accesso alla proprietà immobiliare da parte delle classi popolari.

Senza ovviamente la cornice di un rapporto di locazione in cui la superficie può presentarsi in Francia, un "condominio superficiario", è possibile anche in Italia: riconosciuta dalla dottrina, l'ipotesi è anzi di una certa diffusione nell'ambito – che si approfondirà – dell'edilizia convenzionata. Un edificio a più piani con diversi proprietari costruito nell'esercizio di un diritto di superficie o venduto separatamente dal suolo darà allora luogo a un condominio con la particolarità dell'esclu-

[279] Esclusa per esempio da F. Zenati-Castaing, sulla base del principio *nemini res sua servit*, coerentemente con la sua lettura del diritto di superficie come un diritto reale minore sul suolo altrui, in *Propriété et droits réels: immeubles par nature*, in *RTD civ.*, 1990, p. 305 (nota a *Cass. 3e civ., 15 nov. 1989, n. 87-18188*).

[280] Cfr. D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, in *Gaz. Pal.*, 1974, I, *Jurisprudence*, p. 438; diffusamente, R. Saint-Alary, *Baux à construction et copropriété*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Tolosa, 1996, pp. 661 ss.

sione del suolo dalle parti comuni e dell'inclusione fra di esse del diritto di superficie, comprensivo del diritto di riedificare la costruzione in caso di rovina o demolizione[281]. In effetti, l'articolo 1117 del Codice civile, facendo del suolo una delle parti comuni del condominio, ammette il titolo contrario, quale risulterà dalla convenzione costitutiva del diritto di superficie[282].

D. Bail à réhabilitation

Il *bail à réhabilitation* è stato introdotto nel diritto francese dalla legge n. 90-449 del 31 maggio 1990 e risulta attualmente regolato dagli articoli da L252-1 a L252-6 del Codice della costruzione; tale disciplina è integrata dalla circolare n. 91-23 del 28 gennaio 1991 del *Ministre de l'Equipement, du Logement, des Transports et de la Mer*. L'istituzione, da parte del legislatore, di una nuova locazione superficiaria, adattamento e rielaborazione delle figure già esistenti, era volta a far fronte ad alcune criticità del sistema francese delle abitazioni – tutt'altro che estranee, in verità, pure al contesto italiano. In una situazione di rialzo del valore di mercato degli immobili nelle grandi città e conseguentemente del prezzo delle locazioni, con difficoltà dello Stato a incaricarsi di nuove opere di urbanizzazione, si riscontrava infatti, a fronte di un'insufficienza del numero complessivo di alloggi sociali da concedere in locazione a prezzi politicamente prefissati ai meno abbienti, un numero significativo di vecchie abitazioni private sfitte e non utilizzate, sovente in cattivo stato di manutenzione, persino senza i requisiti di abitabilità, alle cui spese di conservazione e ristrutturazione, più o meno ingenti, spesso il proprietario non poteva o non voleva far fronte. L'istituzione del *bail à réhabilitation* mirava allora a soddisfare interessi di solidarietà sociale della collettività per via

[281] M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 295-297, in cui s'ipotizza anche l'ulteriore caso di un condominio (superficiario) sovrastante un altro condominio (ordinario) in virtù di un diritto di superficie costituito su quello sottostante, i due divisi da un ideale piano geometrico di separazione.

[282] L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 947; cfr. *Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 1977, n. 297, MFI, 1977, 62*.

convenzionale, cercando una strada per rendere gli stessi compatibili o persino coincidenti con interessi privati, nell'intento di cooptare questi ultimi per via volontaria nella realizzazione di politiche d'interesse generale: dunque, una realizzazione di obiettivi sociali utilizzando il patrimonio immobiliare privato, nella cronica insufficienza del patrimonio immobiliare pubblico appositamente costruito[283]. Nello schema della locazione volta alla riabilitazione immobiliare s'incontrano allora gli interessi generali alla tutela del diritto di ogni cittadino a un alloggio sano e adeguato e al mantenimento in buono stato di conservazione del patrimonio immobiliare nazionale, con l'interesse del proprietario alla ristrutturazione gratuita del proprio immobile, eventualmente integrata dalla percezione di un canone in denaro per la durata del contratto, con l'interesse infine del sub-conduttore, di modeste condizioni economiche, a reperire un alloggio in buono stato e a un prezzo accessibile; tre sono i soggetti coinvolti nell'operazione. Essa, pur non avendo avuto un iniziale riscontro pratico diffuso, poco conosciuta o guardata con sospetto dai professionisti del mercato immobiliare[284], potrebbe offrire le potenzialità adeguate per un crescente sfruttamento, a maggior ragione in una fase di lunga crisi sociale che acuisce il problema abitativo, con l'impoverimento di fasce di popolazione e la difficoltà di molti proprietari a far fronte alle spese che occorrono per mantenere gli immobili in buono stato[285]. Al fine d'incentivare l'utilizzo dell'istituto, il legislatore ha introdotto nel corso del tempo una serie di vantaggi fiscali. Probabilmente, anche alcuni ritocchi nel regime, alla luce del modesto successo di questi anni, potrebbero essere utili al fine di consentire un pieno dispiegarsi delle operazioni economiche auspicate[286]; un

[283] C. Bosgiraud-Stephenson, *Le bail à réhabilitation*, in *RDI*, 1991, pp. 19 ss.

[284] C. Mahy, *Le bail à réhabilitation*, Parigi, 2000, pp. 153 ss.; M-H. Louvel, *Le bail à réhabilitation: un outil inconnu ou inutilisé ?*, in *JCP N*, 2013, n. 1159.

[285] Cfr. C. Bargeton, S. Dyens, *Du neuf avec du vieux ? Pour un renouveau du bail à réhabilitation*, in *RLCT*, n. 80, 2012, pp. 53 ss.

[286] V. C. Mahy, *Le bail à réhabilitation*, Parigi, 2000, pp. 153 ss.; M-H. Louvel, *Le bail à réhabilitation: un outil inconnu ou inutilisé ?*, in *JCP N*, 2013, n. 1159, par. 21: "Ce contrat qui, par sa finalité, est un bon contrat, s'avère finalement peu attractif. La courte durée et l'obligation de relogement peuvent être intéressantes pour un propriétaire mais dissuasives pour un opérateur social. L'équilibre économique

tentativo in tal senso si è esperito in occasione della legge n. 2014-366 del 24 marzo 2014, nell'intento di rendere meglio compatibili le regole del *bail à réhabilitation* con quelle della comproprietà immobiliare e di agevolare le transizioni previste alla fine dell'operazione, rafforzando al tempo stesso la sicurezza del locatore di un sereno ritorno della cosa al termine del contratto[287].

Questo modello di locazione superficiaria presenta caratteri significativamente diversi da quelli che si sono analizzati in precedenza, non prestandosi a un ampio novero di operazioni economiche fra loro anche molto differenti, ma identificandosi sostanzialmente con un'unica operazione, sia pure con una flessibilità sufficiente ad accogliere espressioni differenziate, con aspetti decisivi rimessi alla determinazione delle parti. Si tratta inoltre di un'operazione dalle prevalenti finalità sociali, per la cui realizzazione sono coinvolti soggetti istituzionali e la cui disciplina si presenta in ogni caso assai meno dispositiva del *bail emphytéotique* o *à construction*: l'articolo L252-6 del Codice della costruzione qualifica peraltro di ordine pubblico l'insieme delle disposizioni legislative, rimanendo spazio per la volontà delle parti solo ove richiamata o dove mancano puntuali disposizioni. Anche il diritto di superficie conferito si presenta sottoposto a maggiori limiti e vincoli rispetto alle locazioni enfiteutiche già analizzate. Il legislatore definisce la locazione volta alla riabilitazione all'articolo L252-1, come il contratto con cui organismi di abitazioni a canone moderato, società miste pubblico-private con scopo sociale di costruire o locare alloggi, collettività territoriali o altri enti autorizzati

d'une opération de production de logements sociaux n'a pas que des réponses juridiques. Les éléments que le législateur considérait comme attractifs pour une des parties, n'ont pas été accompagnés de contrepartie pour l'autre contractant. Et ce qui a été considéré comme attractif par le législateur l'est-il réellement en pratique ? Par exemple, en cas de cession du bail, la stipulation de la solidarité du cédant et de l'agrément du bailleur sont-elles des dispositions à caractère attractif pour le bailleur ? Y-a-t-il un intuitu personae alors même que le cessionnaire ne peut être qu'un opérateur social ? Sans doute une collectivité territoriale préférera, pour cette raison, recourir au bail à réhabilitation plutôt qu'au bail emphytéotique, mais la durée sollicitée par l'opérateur social sera alors bien plus longue que douze années !".

[287] L. Tranchant, *Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété*, in *RDI*, 2014, pp. 276 ss.

dallo Stato coinvolti nell'implementazione di politiche abitative, s'impegnano alla realizzazione entro una data scadenza di lavori di miglioramento sull'immobile del locatore e a conservare lo stesso in buono stato di manutenzione, assumendo su di sé le riparazioni di ogni genere, in vista di sub-locare l'immobile con uso di abitazione per la durata del primo contratto[288]. I lavori dovranno svolgersi nel rispetto delle regole sulla sicurezza delle persone e sulla protezione da incendi[289]. Il *bail à réhabilitation* può avere per oggetto anche immobili facenti parte di una comproprietà, potendo coinvolgere tanto una quanto più abitazioni condominiali, eventualmente, in quest'ultimo caso, con un intento di ristrutturazione dell'intero edificio oggetto della comproprietà[290]. Una serie di disposizioni, introdotte dalla legge n. 2014-366 del 24 marzo 2014, sono volte a rendere compatibili con maggiore efficienza lo statuto della comproprietà e della sua amministrazione con la particolare situazione

[288] L'operazione in discorso pare in effetti definibile come una sub-locazione, la prima e l'ulteriore locazione concernendo entrambe uno stesso bene, a dispetto dell'esclusione di tale qualificazione nella circolare del 28 gennaio 1991; questa prescrizione non sembra tuttavia avere finalità di ricostruzione sistematica, bensì d'indicazione del regime applicabile, che è in quanto compatibile, fatte salve in particolare le regole in tema di durata e di fine del rapporto, quello di una locazione a uso abitativo di alloggio convenzionato, con le relative tutele normative; in questo senso sembrano doversi leggere anche le osservazioni di E.E. Frank, *Le bail à réhabilitation*, in *Administrer*, 1992, n. 232, p. 4, secondo il quale: "Les contractants du preneur sont des *locataires* et non des *sous-locataires*. En conséquence ils bénéficient, sous la responsabilité du preneur, de locations conformes aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux logements conventionnés et notamment en matière de fixation et d'évolution des loyers"; in ogni caso, il primo conduttore è al tempo stesso anche proprietario temporaneo delle costruzioni che a sua volta dà in locazione.

[289] G. Vermelle, M. Faure-Abbad, *Bail à réhabilitation*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2012, p. 3.

[290] Cfr. circolare n. 91-23 del 28 gennaio 1991 del *Ministre de l'Equipement, du Logement, des Transports et de la Mer*, par. 5.5: "Il convient, dans le contrat, de ne pas prendre d'engagement sur la réalisation de travaux ayant une incidence sur les parties communes, sur l'aspect extérieur ou sur la destination de l'immeuble avant que l'assemblée générale des copropriétaires ne se soit prononcée sur ceux-ci.

L'énumération dans le contrat de bail des travaux à accomplir par le preneur doit, au moins, être assortie de la condition suspensive, qu'ils soient autorisés ou adoptés, suivant les cas, par l'assemblée générale.

Le défaut de réalisation de cette condition peut toutefois être de nature à vider le bail à réhabilitation d'une partie de sa substance".

giuridica che coinvolge uno o più comproprietari che abbiano dato in locazione superficiaria il loro immobile, con particolare riferimento alla partecipazione del conduttore alle assemblee di condominio, alla sua ampia possibilità di raccogliere deleghe – in deroga alle ordinarie limitazioni – e ai limiti del suo mandato in assemblea, in particolare per quanto riguarda i lavori sulle parti comuni che non siano posti a carico del conduttore[291]. Qui, per omogeneità espositiva, s'incentra l'analisi sugli aspetti più prettamente di diritto privato del contratto oggetto di attenzione, rimandando all'ultima parte del testo l'approfondimento dei suoi aspetti d'interesse generale legati all'implementazione di politiche sociali nel campo del diritto all'alloggio.

Per consentire lo svolgimento delle opere di restauro, nel quadro delle politiche abitative perseguite dal legislatore, il diritto reale si presenta più limitato che nelle locazioni superficiarie precedentemente analizzate – pur di per sé utilizzabili per lo svolgimento da parte di un conduttore di simili migliorie – presentando un carattere strettamente conformato dalla legge e dal contratto e un rapporto reale dispiegantesi nei vincoli più stringenti posti da queste due fonti. Il diritto del conduttore di un *bail à réhabilitation* conferisce a esso gli stessi diritti e obblighi del proprietario per tutta la durata del contratto e alle condizioni previste nell'atto; tale diritto appare limitato tanto nel tempo, in ragione del più breve limite di durata consentito, quanto nella portata, in presenza di vincoli stringenti alla sua libera cedibilità e, soprattutto, di una limitazione assoluta quanto alla destinazione dell'immobile nel corso del contratto, che potrà solo essere ristrutturato e ri-locato a uso di abitazione e nel rispetto di regole puntuali[292], anche con rinvio ad altre normative in tema di politiche abitative, non potendo le parti convenire altrimenti senza porsi al di fuori del campo di applicazione della locazione reale in esame. In mancanza di un'espressa indicazione del legislatore e nella vaghezza della formula da esso adottata, la natura di superficie del diritto reale conferito[293]

[291] V. Codice della costruzione, art. L252-1-1; sulle relative problematiche, cfr. già R. Porte, *Bail à réhabilitation*, in *Ann. loyers*, 1991, pp. 609-610.

[292] C. Bosgiraud-Stephenson, *Le bail à réhabilitation*, in *RDI*, 1991, pp. 19 ss.

[293] G. Vermelle, M. Faure-Abbad, *Bail à réhabilitation*, in *Encyclopédie Dalloz*,

sembra potersi in ogni caso desumere da una ricostruzione sistematica, con riferimento allo schema delle precedenti locazioni superficiarie a cui il legislatore si è evidentemente ispirato, e teleologica. Le finalità del *bail à réhabilitation* si concretizzano infatti con la dovuta sicurezza e solidità proprio attribuendo al conduttore la proprietà temporanea delle costruzioni oggetto del contratto, dissociate dal suolo che resta di proprietà del locatore. In questo modo, nel solco delle più vecchie locazioni reali e, servendosi di queste, di esperienze già familiari ai pratici del diritto francesi prima ancora della positivizzazione della nuova figura[294], si realizza al meglio l'intento di attribuire la massima stabilità alla situazione del primo conduttore, in vista dell'ulteriore locazione dell'immobile.

Mentre la qualità del conduttore è legislativamente determinata, niente è specificato su quella del proprietario, purché disponga del diritto di alienare l'immobile: il locatore potrà allora essere una persona tanto fisica quanto giuridica e, in quest'ultimo caso, tanto privata quanto pubblica, limitatamente però a immobili non demaniali[295]. A dispetto della generale imperatività della disciplina, il contratto mantiene una funzione centrale nell'operazione, essendo a esso rimessa l'indicazione – da auspicarsi quanto più possibile precisa e tecnicamente dettagliata, corredata di rilievi di esperti, piani, indicazione del genere e della qualità dei materiali, ecc. – della natura dei lavori, nonché delle loro caratteristiche tecniche e del termine posto alla loro esecuzione e, in presenza di una comproprietà, della ripartizione finale di una serie di spese, anticipi e conguagli condominiali; tali patti non sono però opponibili al condominio. Possono essere previste garanzie finanziarie da parte di un'assicurazione, una banca o un ente locale[296]. A differenza del *bail à construction*, i lavori, dati in appalto dal conduttore, possono

Rép. dr. civ., Parigi, 2012, p. 4; J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, in J. Ghestin (sotto la direzione di), *Traité de droit civil*, II ed., Parigi, 2010, p. 336.

[294] La legge ha in effetti recepito uno schema che alcuni organismi già praticavano: R. Rouquette, *Le droit au logement: commentaire de la loi n. 90-449 du 31 mai 1990*, in *AJPI*, 1990, p. 771.

[295] Come può essere il caso dei comuni per gli immobili acquisiti con l'esercizio del diritto di prelazione urbano sulle cessioni immobiliari.

[296] V. *CAA Nantes, 3e Ch., 26 avr. 2001, n. JurisData: 2001-156535*.

essere esclusivamente volti a un'opera di ristrutturazione di un edificio esistente[297] e non, per esempio, a una nuova edificazione. Al conduttore spetterà anche, nel quadro della convenzione, il conseguimento delle autorizzazioni e dei permessi di costruzione previsti dalla normativa urbanistica, nonché la stipulazione delle necessarie polizze assicurative[298]. Il contratto può essere concluso per un periodo non inferiore ai dodici anni, con divieto di riconduzione tacita[299], soltanto da chi ha il diritto di alienare l'immobile e nelle stesse forme e condizioni. La minore portata e il minor costo dei lavori possono giustificare anche una durata mediamente più corta rispetto alle altre locazioni superficiarie studiate, realizzando l'interesse del proprietario a riavere la piena disponibilità del proprio immobile in un tempo ragionevole, che può essere un incentivo a una sua più agevole messa a disposizione.

Il prezzo della locazione è rimesso alla determinazione delle parti: concretamente, la presenza di un canone e la sua consistenza dipenderanno dal valore complessivo dei lavori da svol-

[297] V. C. Bargeton, S. Dyens, *Du neuf avec du vieux ? Pour un renouveau du bail à réhabilitation*, in *RLCT*, n. 80, 2012, p. 53: "adopte-t-on une approche modeste que lasserait supposer la notion d'amélioration? Ou peut-on envisager une interprétation plus ambitieuse en se référant à la notion de réhabilitation ?" Di seguito, attraverso un'interpretazione finalistica dell'istituto che pare convincente, volta a consentirne un diffuso utilizzo, l'Autore si dice favorevole a una nozione abbastanza ampia da includervi tanto anche una ristrutturazione totale dell'immobile, quanto interventi più circoscritti, come una riconfigurazione dei locali o la realizzazione di lavori strutturali o accessori. V. anche J. Hugot, *Un nouveau-né: le bail à réhabilitation*, in *JCP N*, 1990, *Doctrine*, p. 218: "le fait d'avoir retenu les termes « travaux d'amélioration » ne devrait pas interdire pour autant de comprendre parmi les travaux à réaliser, décrits dans le contrat de bail à réhabilitation par leurs caractéristiques techniques, des travaux plus importants s'apparentant en réalité à de véritables travaux de réhabilitation tels que restructuration interne du logement, division de l'immeuble en appartements pour les adapter, par exemple, aux exigences locales de superficie, réfection totale de la toiture, consolidation ou ravalement complet des façades, installation d'ascenseur, etc. ou encore, dans certains cas, à des travaux de restauration presque aussi coûteux que ceux de rénovation ou même de démolition-reconstruction".

[298] Su cui v. J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, X ed., Issy-les-Moulineaux, 2015, pp. 861 ss.

[299] Pur non formalmente esclusa, anche la riconduzione espressa pare poco conforme alla natura dell'operazione attuata, in quanto, scaduto il termine, il proprietario dovrebbe tornare nel godimento di un immobile già adeguatamente ristrutturato, non avendo quindi interesse a concederlo nuovamente in vista di un'ulteriore riabilitazione.

gere, e quindi dalle condizioni iniziali del bene e dal tipo di migliorie che il locatore vuole che vi siano apportati. Il conduttore è espressamente dichiarato titolare di un diritto reale immobiliare, ipotecabile e soggetto a esecuzione forzata immobiliare, nonché cedibile nonostante ogni convenzione contraria, ma soltanto con l'accordo del locatore e a un altro dei soggetti abilitati a essere conduttori di un *bail à réhabilitation*; la cessione non può essere parziale, dovendo riguardare tutto l'immobile locato, e, come nel *bail à construction*, il cedente resta garante dell'esecuzione del contratto da parte del cessionario. Il locatore può invece liberamente cedere la proprietà eminente di cui resta titolare. È necessario che il contratto sia oggetto di pubblicità immobiliare, dovendo a tal fine rivestire (secondo l'identità del conduttore) la forma di atto notarile o di atto amministrativo. L'accordo di *bail à réhabilitation* in ogni caso non produce effetto se il conduttore non stipula a sua volta una convenzione di sub-locazione con un soggetto rientrante nei requisiti sociali previsti dalla legge, con il termine finale non successivo a quello della prima locazione: la sub-locazione non è pertanto un elemento eventuale o accessorio, bensì essenziale alla natura dell'operazione stessa, che si presenta come una "relazione tripartita"[300].

Alla fine del rapporto, il locatore beneficia delle migliorie realizzate senza essere tenuto ad alcun indennizzo: in questo contratto, tale disposizione risulta cogente. Nel corso del rapporto, il conduttore risponde di tutte le degradazioni e perdite subite dal bene, salvo caso fortuito o forza maggiore: a esso spetterà allora sottoscrivere le polizze assicurative, nonché esercitare le azioni contro gli eventuali terzi responsabili dei danni. Oltre a una precisa ripartizione delle responsabilità e delle eventuali incombenze condominiali, una serie di pattuizioni può facilitare un'armoniosa gestione del rapporto e ridurre il contenzioso, in particolare per quanto riguarda l'esecuzione dei lavori e lo svolgimento delle grandi riparazioni[301]. Potrà allora preve-

[300] Cfr. C. Bargeton, S. Dyens, *Du neuf avec du vieux ? Pour un renouveau du bail à réhabilitation*, in *RLCT*, n. 80, 2012, p. 53.

[301] Circolare n. 91-23 del 28 gennaio 1991 del *Ministre de l'Equipement, du Logement, des Transports et de la Mer*, par. 2.4: "Concernant les travaux de grosses

dersi di associare il locatore, nel cui patrimonio i beni ristrutturati sono destinati a tornare, al collaudo dei lavori appaltati dal conduttore, nonché di permettergli visite di verifica regolari per constatare lo stato in un primo tempo della ristrutturazione e in seguito della tenuta in buono stato di manutenzione; ancora, potranno prevedersi clausole risolutive espresse e uno specifico e semplificato meccanismo di messa in mora del conduttore in caso di mancata o inesatta esecuzione delle sue obbligazioni[302]; potrà attribuirsi al conduttore la facoltà di stabilire servitù attive, nonché le servitù passive quantomeno indispensabili ai lavori, vincolando alle stesse anche il locatore[303]; potrà stabilirsi la sorte dei privilegi e ipoteche in caso di risoluzione anticipata amichevole o giudiziale; potrà concedersi, con limiti e a condizioni definite, la possibilità del conduttore di svolgere lavori ulteriori rispetto a quelli concordati; potranno concordarsi le condizioni per una cessione della posizione contrattuale da parte del conduttore, specificando i motivi che possono giustificare un'opposizione del locatore; potrà decidersi la prosecuzione della sub-locazione alla fine del contratto principale; particolare importanza rivestirà infine una scrupolosa redazione dei verbali di stato dei luoghi, quello iniziale e quello finale – le cui precise modalità dovranno essere previste nel contratto – volto alla constatazione dell'esatto adempimento della ristrutturazione e della manutenzione al momento della riconsegna[304]. In tema di risoluzione, la giurisprudenza ha mostrato un orientamento favorevole al mantenimento del rapporto e attento alla realizzazione degli interessi sottesi all'operazione, giudicando

réparations, les obligations respectives des parties seront précisées minutieusement compte tenu de l'état dans lequel le preneur recevra l'immeuble à bail. Ces obligations seront appréciées en fonction de l'état des lieux établi à la prise de possession de l'immeuble. A défaut de ces précisions, le preneur aura à sa charge l'intégralité des travaux".

302 *CA Douai, 3e Ch., 29 juin 2006, n. JurisData: 2006-325844.*

303 Cfr. V. Zalewski-Sicard, *Servitudes et baux conférant un droit réel*, in *Constr.-Urb.*, 2015, n. 11, p. 16: "En l'absence d'une telle clause, le preneur devrait obtenir l'autorisation du bailleur sachant que tout refus de ce dernier, empêchant la réhabilitation de l'immeuble, pourrait conduire à la résolution du bail".

304 C. Bargeton, S. Dyens, *Du neuf avec du vieux ? Pour un renouveau du bail à réhabilitation*, in *RLCT*, n. 80, 2012, pp. 56-57; J. Hugot, C. Le Marchand, *Bail à réhabilitation: formule*, in *Constr.-Urb.*, n. 10, 2015, pp. 34 ss.

che, allorché il conduttore abbia realizzato importanti lavori di ristrutturazione tali da conferire all'immobile un sicuro aumento di valore, alcuni difetti e mancanze nell'esecuzione dei lavori sull'edificio non hanno un'importanza sufficiente a giustificare la risoluzione del contratto, tanto più in quanto il conduttore, tenuto finanche alle grandi riparazioni, ha in ogni caso l'obbligo di restituire i luoghi, al termine del contratto, in buono stato di manutenzione: potrà e dovrà allora rimediare ai difetti che si siano nel frattempo manifestati[305].

E. Concession immobilière

La concessione immobiliare è stata introdotta nell'ordinamento francese dalla legge di orientamento fondiario n. 67-1253 del 30 dicembre 1967 e ivi resta disciplinata, sopravvivendo a previsioni in materia urbanistica e fondiaria della stessa legge superate da interventi successivi. La legge fornisce una definizione del contratto, come convenzione attraverso cui il proprietario di un immobile o sua frazione, già edificato o non edificato, ne conferisce il godimento a una persona denominata concessionario, per una durata di almeno vent'anni[306] e in cambio del pagamento di un prezzo annuale. L'introduzione dell'istituto era volta a realizzare due obiettivi: da un lato, come strumento contrattuale, a fianco del *bail à construction*, per il conferimento a privati di suoli pubblici senza procedere a un'alienazione degli stessi (vista con sfavore dal legislatore dell'epoca), dall'altro, come strumento tra privati per realizzare operazioni di messa a disposizione d'immobili con varie possibili finalità[307] senza

[305] *CA Douai, 3e Ch., 29 juin 2006, n. JurisData: 2006-325844.*

[306] Secondo R. Saint-Alary, C. Saint-Alary-Houin, *Concession immobilière*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, pp. 4-5, una durata massima di 99 anni è implicita nel sistema.

[307] V. F. Boulanger, *Un des nouveaux aspects des « métamorphoses » du droit du bail: la concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967*, in *D.*, 1968, *Chronique*, p. 99: "Bien que les nouveaux textes n'aient pas précisé le domaine d'application, il ne fait pas de doute que le contrat visera les locaux à usage d'habitation ou commercial. En matière rurale, les prérogatives très étendues du preneur comme l'existence du bail emphytéotique en diminuent l'intérêt sans en proscrire l'emploi. C'est en effet tout d'abord au service de la construction urbaine qu'a été créée la concession

incorrere nella tradizionale disciplina francese delle locazioni commerciali, con particolare riferimento al diritto al rinnovo (o a un'indennità di mancato rinnovo) e alla compressione da esso realizzata degli interessi economici del proprietario; il concessionario imprenditore avrebbe avuto a sua volta il vantaggio di un meno costoso conseguimento del godimento dell'immobile, senza il pagamento di un *pas-de-porte*, che ordinariamente si aggiunge al prezzo delle locazioni commerciali come corrispettivo della posizione di particolare stabilità che esse attribuiscono all'affittuario[308]. Il contratto, rimasto di scarso utilizzo, non pare aver soddisfatto né l'una, né l'altra di tali finalità: nel primo caso, per il mutare dell'indirizzo delle politiche di valorizzazione economica dei beni pubblici; nel secondo caso, perché non ha saputo offrire sufficienti incentivi all'impiego rispetto a un'ordinaria locazione commerciale o a un *bail à construction*. La locazione commerciale ha continuato infatti a realizzare in misura più soddisfacente l'interesse del conduttore alla stabilità nel tempo del proprio insediamento economico, mentre i proprietari erano dissuasi dal nuovo schema contrattuale dalla previsione di una facoltà di recesso unilaterale senza indennizzo del concessionario; quando invece l'operazione economica desiderata s'incentra su un'operazione di costruzione da parte del conduttore, il *bail à construction* offre una disciplina fiscale più attrattiva e un regime giuridico più adattabile alle specificità della situazione rispetto al carattere inderogabile delle regole della concessione immobiliare, oltre alla più sicura stabilità, con il conferimento indiscusso di un diritto reale[309].

A differenza dei contratti analizzati nelle pagine precedenti, gran parte della dottrina non include la concessione immobiliare

immobilière".

[308] B. Boccara, *La concession immobilière*, in *JCP*, 1969, I, *Doctrine*, n. 2245, parr. 58-59.

[309] Cfr. C. Saint-Alary-Houin, *Concession immobilière*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Dalloz action droit de la construction*, dossier 200, Parigi, 2013, par. 200.30, p. 274: "Or, ces espoirs mis par le législateur dans ce contrat ont été largement déçus. Le contrat de concession immobilière est demeuré longtemps peu utilisé si ce n'est dans des cas très particuliers, tels que les concessions des stations-service sur les autoroutes, les emplacements des parcs de stationnement ou les « anneaux » dans les ports pour le garage des bateaux".

tra le convenzioni strutturalmente attributive di un diritto reale: l'analisi di tale figura, nella mancanza di un'espressa qualificazione nel testo della legge, si focalizzerà allora sul dibattito sulla sua natura e sul suo ruolo di confine tra sfera reale e sfera personale. È un'occasione per verificare quanto si è affermato in termini generali nella prima parte del presente studio, sulla permeabilità e sulle contestazioni rivolte alla validità conoscitiva di una delle più conosciute classificazioni del diritto civile. La discussione non è peraltro puramente accademica, avendo diverse conseguenze la qualificazione come diritto reale o personale in termini di disciplina applicabile, con implicazioni in tema di regimi matrimoniali, azioni possessorie, tribunale competente e soprattutto di suscettibilità d'ipoteca[310]. Si accenneranno in seguito nelle linee principali gli altri aspetti del regime di questo contratto.

Alcuni caratteri di maggiore solidità distinguono il contratto in esame da un'ordinaria locazione commerciale. Il concessionario ha in primo luogo il diritto di dare al bene ogni destinazione che sia di suo gradimento, fatte salve le diverse clausole contrattuali che possono determinare limiti a tale facoltà in funzione della compatibilità con la natura dell'immobile o con l'organizzazione generale del complesso d'immobili, ovvero per garantire il rispetto del divieto quinquennale di esercizio di un'attività analoga a quella di un precedente concessionario previsto dalla stessa legge[311]. Inoltre, è legittimato – a condi-

[310] Tuttavia, osserva B. Boccara, *La concession immobilière*, in *JCP*, 1969, I, *Doctrine*, n. 2245, par. 33: "Quant aux hypothèques, elles ne peuvent être constituées que dans les cas prévus par la loi (*C. civ., art. 2115* [attuale art. 2394, nda]) et ne peuvent donc, sauf textes spéciaux – notamment en matière de bail emphytéotique ou à construction – grever que la propriété ou l'usufruit (*C. civ., art. 2118* [attuale art. 2397, nda])" ; nello stesso senso, v. anche F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 832; una diversa ricostruzione in C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 468-469: "la loi ne permet point expressément au concessionnaire d'hypothéquer son droit. Certes. L'absence de disposition expresse ne vaut pas systématiquement interdiction".

[311] V. legge n. 67-1253 del 30 dicembre 1967, art. 56: "Dans le cas où, à l'expiration du contrat, la concession d'un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal n'aurait pas été renouvelée par suite du refus du propriétaire, celui-ci ne peut, pendant les cinq années suivant cette expiration, ni se livrer dans l'immeuble concédé à une activité analogue à celle exercée par le concessionnaire, ni conférer ce droit à autrui. Toutefois, le tribunal de grande instance peut autoriser, aux conditions qu'il

zione d'informarne preventivamente il proprietario, che non può opporvisi se non per un motivo serio e legittimo – ad apportare al bene in concessione ogni sistemazione o modificazione rese necessarie dall'esercizio o dalla trasformazione della propria attività, purché la loro realizzazione, specialmente trovandosi in un immobile in comproprietà, non coinvolga altre parti della costruzione destinate a un utilizzo privativo, o non rischi di compromettere l'estetica o la solidità dell'edificio. Può inoltre svolgere ogni costruzione che ritenga necessaria, a meno di un diverso accordo; in dottrina si è sottolineato come una clausola d'interdizione totale di costruire sia concepibile solo nel caso in cui l'immobile sia già edificato e il suo proprietario non desideri che abbia luogo alcuna estensione o sopraelevazione di esso, laddove in presenza di un terreno da costruire l'interdizione totale non sembrerebbe compatibile con l'operazione economica sottesa al suo conferimento in concessione immobiliare[312]. Il concessionario può anche cedere totalmente o parzialmente i propri diritti a un terzo; il contratto può però prevedere un diritto preferenziale di acquisto per il proprietario e in tal caso, in mancanza di accordo sul prezzo, questi può chiederne giudizialmente la determinazione. È da ritenersi, in applicazione delle regole generali del diritto dei contratti, che il cedente resti garante dell'adempimento delle obbligazioni del cessionario[313], salvo diverso accordo con il proprietario. Ulteriori prerogative spettano al concessionario qualora il bene conferitogli abbia

détermine, le propriétaire à passer outre à cette interdiction si la poursuite de l'activité antérieurement exercée par le concessionnaire est indispensable à l'approvisionnement en biens de première nécessité des personnes résidant dans l'ensemble immobilier dans lequel le local est implanté ou si, du fait des aménagements dont le coût a été supporté par le propriétaire, le local ne se prête qu'à l'exercice d'une seule activité".

[312] C. Saint-Alary-Houin, *Concession immobilière*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Dalloz action droit de la construction*, dossier 200, Parigi, 2013, par. 200.260, p. 278; H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 186 ss.; un'altra questione dibattuta concerne l'ammissibilità della clausola comportante obbligo per il concessionario di costruire: favorevoli, ma solo quando il terreno conferito non sia ancora edificato, R. Saint-Alary, C. Saint-Alary-Houin, *Concession immobilière*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, pp. 6-7; *contra*, in generale, B. Boccara, *La concession immobilière*, in *JCP*, 1969, I, *Doctrine*, n. 2245, parr. 128-129.

[313] B. Boccara, *La concession immobilière*, in *JCP*, 1969, I, Doctrine, n. 2245, par. 92.

utilizzo commerciale, industriale o artigianale: potrà allora anche concedere il proprio *fonds de commerce* nelle forme previste dalla relativa normativa. Il beneficiario della concessione non potrà invece concedere a terzi altri e differenti titoli di occupazione. Infine, il concessionario commerciante, industriale o artigiano potrà impegnare il proprio diritto nel quadro di un *nantissement*, forma di garanzia reale che grava, per quel che qui interessa, sul complesso del *fonds de commerce*: ciò pare però piuttosto deporre nel diverso senso dell'attribuzione al concessionario di un diritto meramente personale, in quanto il *fonds de commerce* di regola non comprende beni immobili e diritti reali immobiliari[314].

Molte di queste caratteristiche – nonché la sottoposizione del contratto a pubblicità fondiaria e la necessità di avere il potere di disporre del bene per poterlo conferire in questa forma di concessione – sono apparse in ogni caso a una parte degli autori tali, considerate nel loro insieme, da alludere a una natura reale del diritto del concessionario[315]. La dottrina maggioritaria non ha però fatto proprio tale punto di vista, osservando la somiglianza dello schema in discorso piuttosto a una variante di una "normale" locazione (in particolare, di tipo commerciale) di lunga durata a cui siano aggiunte ulteriori clausole di particolare stabilità[316]. Oltre a quanto osservato in merito al *nantisse-*

[314] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 469.

[315] F. Boulanger, *Un des nouveaux aspects des « métamorphoses » du droit du bail: la concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967*, in *D.*, 1968, *Chronique*, p. 101; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, M. de Juglart, *Leçons de droit civil. Principaux contrats*, t. III, v. II, V ed., Parigi, 1980, pp. 381-382 ; v. anche le considerazioni di H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 186 ss., pp. 369-370.

[316] V. B. Boccara, *La concession immobilière*, in *JCP*, 1969, I, *Doctrine*, n. 2245, par. 34: "Ni la durée du bail, ni les pouvoirs d'utilisation du preneur ne modifient en effet la nature juridique des droits du preneur […]: un bail de 18 ans consenti pour tous commerces avec libre droit de cession, sera sujet à transcription et ne donnera néanmoins naissance, suivant les thèses traditionnelles, qu'à des droits personnels", par. 41; E.E. Frank, *La concession immobilière*, in *Administrer*, 1989, n. 199, p. 2; C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 468-469; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994, p. 417.

ment, si è allora rimarcata l'assenza di menzione di una natura reale e di una suscettibilità d'ipoteca da parte del legislatore, a differenza dei contratti in precedenza analizzati[317]. Altre voci, infine, non si esprimono né per l'una, né per l'altra impostazione, ritenendo in definitiva di pari valore le argomentazioni in un senso e nell'altro[318].

Beninteso, anche a considerare, secondo l'opinione prevalente, essenzialmente personale il diritto del concessionario sul fondo conferito in godimento, il discorso cambia qualora si porti l'attenzione sulle costruzioni effettivamente realizzate dal concessionario, autorizzatovi dalla legge, fatto salvo il patto difforme. Pertanto, in mancanza di stipulazione contraria, come molti già ritengono con riferimento alle costruzioni realizzate dal conduttore di un'ordinaria locazione, *a fortiori* in presenza di uno schema che offre al concessionario una posizione di particolare solidità rispetto all'ordinario conduttore, è da ritenersi che queste siano per tutta la durata del contratto di proprietà del concessionario[319], nonché suscettibili d'ipoteca. Su questi presupposti, il diritto del concessionario è stato anche qualificato in dottrina di natura ibrida: mobiliare quando porti su immobili già costruiti, immobiliare quando su immobili da costruire[320]. La sorte delle costruzioni allo scadere del termine

317 C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 468-469; B. Boccara, *La concession immobilière*, in *JCP*, 1969, I, *Doctrine*, n. 2245, par. 34; tuttavia, l'Autore, al par. 35, ammette che: "les différents droits du concessionnaire tendent […] à en faire un *jus in re* plus qu'un simple *jus ad rem* et à consacrer davantage l'existence d'un « domaine utile » s'opposant au « domaine éminent » du propriétaire", anche se "l'existence d'obligations réciproques reste l'élément fondamental du contrat de concession et s'oppose ainsi aux autres droit réels".

318 F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 832-833; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, X ed., Parigi, 2015, p. 364.

319 P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, pp. 214 ss.; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 833; C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 468; J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, in J. Ghestin (sotto la direzione di), *Traité de droit civil*, II ed., Parigi, 2010, pp. 332-333.

320 C. Saint-Alary-Houin, *Concession immobilière*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Dalloz action droit de la construction*, dossier 200, Parigi, 2013, par. 200.290, pp. 278-279.

del contratto, la cui proprietà è acquisita dal concedente, è precisamente regolamentata con norme di ordine pubblico. Il concedente, fatti salvi i casi di risoluzione in seguito a distruzione totale o parziale[321] per caso fortuito o di recesso unilaterale del concessionario nel corso dei primi sei anni o di risoluzione per mutuo consenso (nel qual caso la convenzione di risoluzione può dispensare il concedente dal rimborso), è tenuto a rimborsare al concessionario il costo delle costruzioni e opere che ha realizzato[322], computato al momento del rilascio del fondo, ma nel limite dell'aumento di valore dello stesso. Solo per le costruzioni e opere intraprese negli ultimi cinque anni del rapporto contrattuale possono essere previste specifiche e diverse regole per l'indennizzo.

La concessione immobiliare può essere consentita esclusivamente da chi abbia la capacità di disporre, con atto pubblico, registrato ai fini della pubblicità immobiliare. Il contratto deve contenere un espresso riferimento alle disposizioni della legge n. 67-1253 del 30 dicembre 1967 e non ne è ammessa la riconduzione tacita. Lo schema tipizzato dal legislatore soggiace a una disciplina autonoma rispetto alla disciplina generale delle locazioni, il ricorso alla quale è escluso anche in via sussidiaria. La legge detta una disciplina imperativa: solo quando ammesso dalla legge stessa, resta spazio alla volontà delle parti per conformare l'accordo; per il resto, è reputata non scritta ogni clausola derogatoria. Il proprietario è tenuto a dare garanzia al concessionario per tutti i vizi o difetti dell'immobile tali da impedirne o restringerne l'utilizzo, anche se non ne aveva conoscenza al momento della conclusione del contratto[323]. Il concessionario risponde delle degradazioni avvenute nel corso del rapporto, a meno che non provi di non averne colpa. Le parti possono liberamente determinare il corrispettivo e le eventuali modalità

[321] In caso di distruzione parziale, il concessionario può chiedere in alternativa alla risoluzione una riduzione del prezzo.

[322] Ma non le semplici migliorie: J. Viatte, *Un nouveau type de location: la concession immobilière*, in *Revue des loyers*, 1968, p. 104.

[323] V. J. Viatte, *Un nouveau type de location: la concession immobilière*, in *Revue des loyers*, 1968, p. 98: "tandis que dans le droit commun du bail, seuls sont pris en considération les vices qui empêchent l'usage de la chose (tel qu'il a été convenu), la loi que nous étudions vise les défauts qui restreignent l'usage".

per la sua revisione nel corso del tempo. È censurato e reputato per diretta disposizione legislativa senza causa e ripetibile ogni versamento effettuato in contropartita o in occasione di un contratto di concessione immobiliare, ulteriore rispetto al canone e alle spese e prestazioni (le quali non possono essere estranee all'adattamento e sistemazione dei locali). Può soltanto costituirsi un deposito di garanzia, nei limiti dell'equivalente di sei mesi di canone. Neanche il proprietario può versare al concessionario o ai suoi aventi causa alcun compenso in cambio della liberazione totale o parziale dei locali.

Solo se previsto nel contratto, il concessionario resta tenuto del tutto o in parte all'esborso delle spese di manutenzione e riparazione: in tal caso, qualora non rispetti il suo obbligo, il proprietario può eseguire i lavori reclamandone il rimborso, senza pregiudicare il suo diritto alla risoluzione del contratto. La risoluzione è infatti ammessa anche, da parte del proprietario, in alcuni casi: sia se i beni oggetto della concessione fanno parte di un insieme che deve essere demolito in vista della realizzazione di una costruzione, sia, con rinvio alle disposizioni codicistiche, recentemente riformate, in applicazione di una clausola risolutiva espressa o, in caso d'inesecuzione sufficientemente grave, attraverso notificazione al concessionario o decisione giudiziale. Per parte sua, il concessionario, nei primi sei anni, può liberamente recedere, dovendo solo darne un preavviso di sei mesi. Una successione che riguardi tanto il lato del proprietario quanto quello del concessionario, sia pure per decesso o fallimento, non risolve invece il contratto. La fine della concessione fa estinguere tutti i privilegi e gravami di ogni natura costituiti dal concessionario; i diritti dei creditori che perdono così la loro garanzia si trasferiscono però, nel rispettivo ordine di preferenza, sull'indennità eventualmente dovuta dal proprietario al concessionario. Qualora, allo scadere del contratto, la concessione di un immobile a uso commerciale, industriale o artigianale, non sia rinnovata in seguito a rifiuto del proprietario, questi non potrà, nei cinque anni successivi alla scadenza, svolgere (o conferire a terzi il diritto di svolgere) nell'immobile un'attività analoga a quella del concessionario, salva autorizzazione del *Tribunal de grande instance*, e alle condizioni da esso

determinate, nel caso in cui la continuazione di tale attività sia indispensabile all'approvvigionamento di beni di prima necessità delle persone residenti nel complesso immobiliare, oppure se il locale non si presti che all'esercizio di un'unica attività, in conseguenza di adattamenti dell'immobile il cui costo sia stato sopportato dal proprietario.

F. Bail réel immobilier e bail réel solidaire

In massima parte ricomponendo diversamente gli elementi alla base degli schemi contrattuali fin qui analizzati e adattandoli al manifestarsi di nuove e variegate esigenze nel campo degli alloggi, il legislatore ha negli ultimi anni arricchito ulteriormente il novero delle locazioni istituzionalmente attributive di un diritto reale, aggiungendovi due nuove figure: il *bail réel immobilier* e il *bail réel solidaire*. Si consolida così l'orientamento di favore per l'impiego delle locazioni superficiarie – che si dimostrano una cornice adattabile alla presenza dei più svariati interessi tanto privati quanto di ordine generale, in particolare di solidarietà sociale – nel quadro delle politiche abitative[324]. Questi due contratti sono emblematici di un intento di modificare nel lungo periodo la struttura del mercato immobiliare francese, tradizionalmente impostato sulla bipartizione tra la figura del proprietario e quella del semplice locatario, attraverso la moltiplicazione di figure di confine che mantengono in ogni caso l'allusione alla sfera della proprietà, il cui conseguimento resta un'aspirazione diffusa in Francia (e probabilmente ancor più in Italia), in misura maggiore che in altri Paesi occidentali che privilegiano sempre più differenti meccanismi di locazioni abitative stabili di lungo periodo[325]. Tali modelli, come già si è osservato per il *bail à réhabilitation* – e come sembra ormai

[324] V. B. Mallet-Bricout, *Baux réels et solidarité*, in *RTD civ.*, 2016, p. 943: "Le législateur s'est ainsi emparé de la technique des baux réels, afin de la moderniser et d'en faire un instrument de sa politique du logement, assumant désormais clairement l'association singulière du contrat de «bail», duquel découlent en principe des droits personnels, et de la catégorie des droits «réels», relativisant ainsi la *summa divisio* droits réels / droits personnels".

[325] B. Mallet-Bricout, *Baux réels et solidarité*, in *RTD civ.*, 2016, p. 944.

essere la dinamica attuale dell'evolvere delle locazioni reali – presentano una regolamentazione che tiene insieme aspetti propriamente di diritto privato con altri esorbitanti da tale sfera e afferenti piuttosto a quella della preminenza d'interessi sociali ritenuti dal legislatore meritevoli di tutela. Se la locazione enfiteutica amministrativa sembra, per la prevalenza d'istanze pubblicistiche e per la collocazione sistematica, meritare un'analisi d'insieme nelle pagine del presente lavoro dedicate al diritto di superficie nell'interesse generale, per il *bail réel immobilier* e per il *bail réel solidaire* si manterrà una trattazione ripartita, nelle pagine che seguono per gli elementi piuttosto privatistici e più avanti per quelli maggiormente riconducibili al diritto delle politiche sociali. Questo espediente espositivo – volto a trattare l'evoluzione del fenomeno della superficie mettendone in risalto di volta in volta alcune peculiari tendenze – non vuole negare l'unitarietà delle figure descritte, di cui le regole formano un complesso le cui componenti hanno un senso solo se lette nel loro intimo, reciproco legame, che caratterizza profondamente istituti giuridici che si pongono proprio al confine fra le tradizionali classificazioni del diritto.

a. Bail réel immobilier*: la funzione*

Il *bail réel immobilier* è stato introdotto dall'*ordonnance* n. 2014-159 del 20 febbraio 2014, relativa agli alloggi del ceto medio, che è intervenuta sul testo del Codice della costruzione e dell'abitazione; la figura, in seguito a qualche rimaneggiamento che non sembra troppo favorevole all'esigenza di stabilità e certezza che si suppone auspicata dagli utenti del diritto, vi è tuttora regolato agli articoli da L254-1 a L254-9 e da R254-1 a R254-7. Obiettivo dichiarato del legislatore è di sviluppare una nuova categoria di abitazioni destinate a nuclei familiari della classe media, identificati sulla base di criteri reddituali, e mettere la stessa a disposizione degli strumenti di pianificazione degli alloggi attribuiti agli enti locali francesi, per le aree urbane che più risentono di prezzi immobiliari elevati. Per realizzare ciò si è voluto consentire e regolare specificamente alcune operazioni, tra loro diversificate per un migliore adattamento alle varie esigenze di ogni

località ma con certi tratti comuni fondamentali, con il coinvolgimento di più soggetti privati ed eventualmente pubblici: operazioni strutturate in modo da garantire a nuclei familiari di reddito medio un'abitazione, in locazione o in proprietà temporanea, a condizioni economiche più vantaggiose di quelle di mercato, ma meno vantaggiose di quelle di cui sono già destinatarie le famiglie di più bassa capacità reddituale[326]. La predisposizione di un insieme di schemi contrattuali, regolati da un complesso di regole di diritto privato e di diritto delle politiche abitative, in considerazione delle esigenze della classe media, intende rispondere alle difficoltà di alloggio in Francia di molte famiglie di tale ceto sociale, acuite dalla crisi economica. Si vuole allora incentivarne la capacità economica, riducendo la quota di reddito da destinare a esigenze abitative. Aggiungendo una gradazione intermedia, si è resa più sfumata la soglia di transizione tra il parco immobiliare sociale in senso stretto, destinato ai meno abbienti, e il segmento di abitazioni sottoposto a un pieno regime di mercato, anche nell'intento di favorire una graduale transizione di fasce di popolazione fuori dalla sfera degli alloggi sociali e alleggerire la stessa di una parte della pressione che vi grava[327]. Lo schema contrattuale creato dal legislatore francese dà in ogni caso luogo a una forma di proprietà temporanea dell'immobile, da parte del suo occupante o di un investitore che lo concede all'occupante; esso si fonda sulla presa d'atto di un certo mutare del ruolo sociale della proprietà immobiliare – sempre più lontana dalla signoria tendente alla sovranità concepita dal borghese ottocentesco, bensì proiettata verso l'esigenza di forme di cooperazione all'interno di strutture contrattuali – incentrato in misura crescente sul valore d'uso della cosa, in questo caso di abitazione, più che sul valore patrimoniale di capitale da conservare all'interno della famiglia,

[326] Cfr. *Étude d'impact du projet de loi ratifiant l'ordonnance n. 2014-159 du 20 février 2014*, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2150-ei.asp>, in part. par. 1.

[327] Cfr. *Étude d'impact du projet de loi ratifiant l'ordonnance n. 2014-159 du 20 février 2014*, in <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2150-ei.asp>, in part. par. 3; R. Léonetti, *Le BRILO: nouvelle solution pour le logement, entre propriété et location*, in *Gaz. Pal.*, n. 30, Dossier, pp. 3061 ss.

in presenza anche di una maggiore mobilità degli individui per ragioni di vita personale e lavorativa[328].

Uno dei fattori determinanti dell'alto prezzo delle abitazioni consiste da lungo tempo, come si è già accennato, nei prezzi elevati dei terreni edificabili nelle zone urbane, specialmente delle grandi città, il cui costo si cumula a quello di costruzione, incrementando in ultima istanza la spesa dell'abitante dell'alloggio, ne sia egli acquirente o locatario. In una linea di continuità con le riflessioni che avevano portato originariamente all'istituzione del *bail à construction*, nonché con gli utilizzi sociali già sperimentati dello stesso e con il *bail à réhabilitation*, a vantaggio degli abitanti si vuole intervenire proprio su questo aspetto del mercato immobiliare, separando la proprietà (e il costo) del terreno da quello della costruzione da realizzarvi; al tempo stesso, com'è tipico delle locazioni reali, si ha un arricchimento del fondo, che nel lungo periodo tornerà a vantaggio del suo proprietario: l'aspetto di gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di soggetti di diritto privato – soprattutto associazioni, fondazioni e altri soggetti istituzionalmente attivi nel campo della realizzazione del diritto all'abitazione – è pertanto anch'esso presente, pur non essendo in questo caso l'elemento centrale dell'operazione. Gli strumenti giuridici finora analizzati, astrattamente in grado di realizzare il risultato prospettato, presentavano però una serie di profili d'inadeguatezza per conseguire lo stesso con la massima soddisfazione delle parti interessate. In particolare, la giurisprudenza in tema di *bail emphytéotique* e *à construction*, attenta alla tutela della solidità e della piena disponibilità della situazione giuridica di natura reale del conduttore, avrebbe potuto escludere o rendere incerta l'efficacia di clausole contrattuali anti-speculative, volte a mantenere l'immobile destinato a nuclei familiari del ceto medio, per garantire l'effettivo realizzarsi dell'operazione a loro profitto e non l'arricchimento indesiderato di soggetti estranei, ma senza escludere la circolazione dell'immobile. La spiccata precarietà della situazione del conduttore nella locazione enfiteutica ammi-

[328] B. Chevreux, R. Léonetti, *Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 827, par. 3.

nistrativa, soggetta a un facile recesso unilaterale da parte del soggetto pubblico proprietario del terreno, sembrava presentare invece l'opposto inconveniente di attribuire al locatario un'insufficiente stabilità, limitativa della sua possibilità di finanziarsi cedendo il proprio diritto o utilizzando lo stesso come garanzia reale sul mercato del credito; inoltre, tale modello trova applicazione sui soli terreni pubblici[329]. Il legislatore ha quindi deciso d'introdurre una nuova figura, con una disciplina autonoma da quella dei modelli già esistenti a cui si è ispirato, che modula e ripartisce in maniera diversa la portata delle utilità dominicali conferite al conduttore sotto la forma di un diritto reale. La locazione reale immobiliare si articola nei due schemi rivolti l'uno alla concessione in locazione e l'altro all'acquisto in proprietà temporanea dell'alloggio da parte dell'abitante, che nel secondo caso si ritrova in una situazione di maggiore solidità giuridica, titolare di una forma di proprietà sia pure privata del requisito della perpetuità e conformata dalla legge e dal contratto nel quadro di un rapporto locativo. In ogni caso, entrambi i modelli si svolgono in un primo momento con la conclusione per un lungo periodo della locazione reale in discorso, con cui il proprietario del fondo concede lo stesso perlopiù a un promotore immobiliare[330], che assume l'obbligo di edificare o ristruttu-

[329] V. B. Chevreux, R. Léonetti, *Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 827, par. introduttivo: "Contrairement aux autres baux constitutifs de droits réels, qui privilégient soit les objectifs d'intérêt général du bailleur (cf. le régime du bail emphytéotique administratif) soit empêchent toute limitation des droits du preneur même lorsque l'exercice de ces droits peut détourner les efforts et objectifs initiaux du bailleur, le législateur a construit avec le BRILO un outil hybride et innovant permettant de concilier ces objectifs en apparence contradictoires".

[330] Figura di primo piano del mercato francese delle cotruzioni; cfr. *Code civil*, art. 1831-1: "Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite "promoteur immobilier» s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage. […]

Si le promoteur s'engage à exécuter lui-même partie des opérations du programme, il est tenu, quant à ces opérations, des obligations d'un locateur d'ouvrage".

rare alloggi destinati al ceto medio. Nella dinamica del mercato immobiliare francese, un investitore o un organismo sociale istituzionalmente attivo per la realizzazione del diritto all'abitare potrà allora subentrare al primo conduttore, assumendone la posizione contrattuale e acquistando le abitazioni, solitamente ancora in fase di costruzione sotto forma di trasferimento di cosa immobile futura[331], concedendo poi a sua volta le stesse in locazione calmierata a soggetti rientranti nei criteri reddituali previsti dalle norme; altrimenti, la vendita delle abitazioni, comunque perlopiù in corso di esecuzione, può avvenire direttamente a favore dei soggetti di ceto medio beneficiari ultimi dell'operazione, che le acquisteranno in proprietà temporanea a un prezzo calmierato, con il costituirsi tra gli acquirenti di un condominio e il subentrare di essi nella posizione contrattuale e nel diritto reale del primo conduttore del *bail réel immobilier*[332].

b. *Definizione del* bail réel immobilier *e natura del diritto conferito*

L'articolo L254-1, rubricato "definizione", indica diffusamente gli elementi essenziali della locazione reale immobiliare, la cui violazione comporta la conseguenza della nullità del contratto. L'azione può essere esercitata dalle parti entro cinque anni dalla sottoscrizione; una più ampia legittimazione all'azione sarebbe forse apparsa più in linea con gli interessi generali

[331] In tema di vendita d'immobili da costruire, v. in particolare *Code civil*, art. 1601-3: "La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux.

Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux"; su tali contratti, cfr., diffusamente, J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, X ed., Issy-les-Moulineaux, 2015, pp. 935 ss.; nonché M. Dagot, *La vente d'immeuble à construire*, Parigi, 1983.

[332] Naturalmente, a differenza dell'assetto ordinario della comproprietà, il suolo, rimasto di proprietà di un terzo, non potrà essere tra le parti comuni dei condomini, in cui sarà invece incluso il diritto reale immobiliare, se e in quanto trasferito *pro quota* ai comproprietari dal promotore immobiliare: cfr. M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, in *RDI*, 2014, pp. 272-273.

coinvolti nell'operazione. È denominato contratto di locazione reale immobiliare quello in virtù del quale un proprietario, persona fisica o giuridica di diritto privato, consente per una lunga durata "dei diritti reali"[333] a un conduttore, con l'obbligazione di edificare o di ristrutturare costruzioni già esistenti, nel rispetto delle norme in materia di esecuzione di lavori, in vista di un'operazione di concessione in locazione ovvero di accesso temporaneo alla proprietà degli alloggi. Il conduttore del *bail réel immobilier* non può, salva convenzione contraria, eseguire altre opere o lavori rispetto a quelli inizialmente convenuti. Gli alloggi, costruiti o ristrutturati dal conduttore, saranno poi destinati, per tutta l'ulteriore durata del contratto, a essere occupati, a titolo di residenza principale, da persone fisiche titolari di risorse non eccedenti un tetto, fissato in maniera differenziata secondo la situazione del nucleo familiare, la localizzazione e la modalità di occupazione dell'alloggio, che in ogni caso non potrà essere al disotto dei massimali stabiliti in tema di sovvenzioni e prestiti in vista della costruzione, acquisizione e miglioramento di abitazioni, sotto forma di aiuto personalizzato per l'alloggio. Tali requisiti di reddito riguardano l'occupante, ma non necessariamente il proprietario temporaneo dell'alloggio, che può anche acquistare lo stesso al fine di concederlo in locazione a un prezzo calmierato a un soggetto che soddisfi le condizioni. Nell'intento di evitare speculazioni non conformi agli obiettivi perseguiti dal legislatore, fino alla fine del contratto, di durata compresa tra i 18 e i 99 anni, il prezzo di cessione o di locazione dell'appartamento all'abitante non deve superare un massimale fissato secondo la sua localizzazione, tipologia ed, eventualmente, modalità di finanziamento e in ogni caso – per ragioni di coordinamento dei diversi blocchi di normativa in tema di accesso all'alloggio dei diversi ceti sociali – non inferiore alla soglia massima stabilita per accedere all'aiuto personalizzato all'alloggio. L'accordo, previsto come forma giuridica di un'operazione socio-economica stabile, potenzialmente in grado di

[333] Sulle ambiguità definitorie e difficoltà di coordinamento del testo normativo, v. J.-L. Tixier, *Le bail réel solidaire: un bail à la rédaction surprenante*, in *Gaz. Pal.*, 2017, n. 30, Dossier, pp. 3069 ss.

coinvolgere diverse generazioni assicurando loro un alloggio, non può prevedere alcuna facoltà di recesso unilaterale, ma neanche essere oggetto di riconduzione tacita. Possono concedere un fondo sotto forma di locazione reale immobiliare anche enti locali e loro raggruppamenti ed enti pubblici, mentre tra gli enti pubblici statali questa possibilità è concessa solo a quelli di natura fondiaria, per evitare interferenze con i programmi di realizzazione, attribuzione e gestione dei veri e propri alloggi sociali[334].

Secondo il dettato legislativo, le costruzioni e le migliorie realizzate dal conduttore restano di sua proprietà nel corso del contratto, diventando proprietà del locatore alla scadenza: tale acquisto avviene, salva stipulazione contraria, gratuitamente e senza indennizzo. Una certa superficialità terminologica del legislatore, poco attento ai risvolti concettuali, alimenta la confusione sulla precisa natura del diritto reale conferito dalla convenzione; coerentemente con quanto si è osservato con riferimento alle altre locazioni reali, pare consona una sua lettura unitaria come un diritto di superficie[335], che si esplica, quantomeno nella più moderna lettura dualista, in un primo momento come diritto reale – oltre che dovere contrattuale – di costruire o ristrutturare e in un secondo momento come proprietà (temporanea) delle costruzioni edificate o ristrutturate. Una simile concezione teorica ben si confà anche alla realizzazione di ulteriori, più sofisticati meccanismi giuridici di dissociazione delle utilità, come nel caso in cui il conduttore trasferisca la proprietà superficiaria delle sole costruzioni, mantenendo per sé il diritto di costruire

[334] Cfr. B. Chevreux, R. Léonetti, *Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 827, par. 1; v. anche art. L302-9-1 del Codice della costruzione, c. 9.

[335] *Contra*, M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, in *RDI*, 2014, p. 268: "Il résulte de l'article L. 254-3, alinéa 4, du code de la construction et de l'habitation que le preneur bénéficie en premier lieu d'un «droit réel issu du bail réel immobilier» dont on peut penser qu'il est de même nature que celui dont bénéficie l'emphytéote ou le preneur à bail à construction. Il s'agit d'un droit réel démembré portant sur la chose du bailleur (le sol, les constructions existantes) et conférant au preneur un droit de construire ou d'effectuer des travaux de réhabilitation. Ce droit réel ne doit pas être confondu avec le droit de propriété dont bénéficie par ailleurs le preneur du fait d'une renonciation à l'accession par le bailleur résultant implicitement de l'article L. 254-1, alinéa 8".

ancora sul fondo o di sopraelevare gli edifici esistenti, o viceversa[336]. Nell'ipotesi di mera ristrutturazione, nella carenza di un adeguato coordinamento dei testi di legge, ma nella necessità di una loro lettura sistematica, la proprietà temporanea del conduttore del *bail* sull'intera costruzione riabilitata e non sulle sole migliorie apportate a essa appare la soluzione più adeguata a consentire il pieno realizzarsi delle operazioni desiderate, anche nella versione della cessione in proprietà temporanea all'abitante. In tal senso milita piuttosto chiaramente il quarto comma dell'articolo L254-3, che prescrive che tanto il diritto reale (di costruire) scaturito dal contratto, quanto le costruzioni, sia realizzate *ex novo*, sia restaurate, siano tutti parimenti ipotecabili[337] e – con i vincoli volti a mantenere il beneficio finale a profitto delle coppie del ceto medio – cedibili, nonché suscettibili di esecuzione forzata immobiliare. Le parti possono liberamente concordare nella convenzione la data di scadenza delle eventuali garanzie costituite sul bene; in mancanza, esse hanno in ogni caso fine con la risoluzione del contratto.

Il diritto di superficie attribuito è, nel quadro della locazione reale immobiliare, strettamente conformato dalla legge e da norme regolamentari[338], oltre che per via negoziale, come esplici-

[336] M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, in *RDI*, 2014, p. 273, mette tuttavia in guardia da operazioni troppo complesse che ripartiscono confusamente i diritti e gli obblighi del conduttore tra una pluralità di soggetti.

[337] Cfr. M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, in *RDI*, 2014, p. 272: "Le preneur peut hypothéquer ses droits réels (droit réel immobilier et droit de propriété), pour garantir les emprunts contractés en vue de financer la construction ou la réhabilitation des ouvrages. Il semble également que rien ne s'oppose à ce que, dans une opération de bail réel immobilier accession, les acquéreurs des droits réels afférents aux logements consentent une hypothèque pour garantir les emprunts nécessaires à l'acquisition de ces droit».

[338] V. B. Mallet-Bricout, *Baux réels et solidarité*, in *RTD civ.*, 2016, p. 946: "l'encadrement législatif des baux réels se resserr[e] de bail en bail. Chaque bail réel supplémentaire s'inspire en effet du précédent tout en renforçant encore le cadre juridique applicable"; v. anche H. Périnet-Marquet, *De la stabilisation à la simplification (ou l'inverse)*, in *Constr.-Urb.*, 2016, n. 12, p. 2, che pone un problema di "confiance (re) donnée aux acteurs, qu'il s'agisse des professionnels, des collectivités locales ou des magistrats. Le droit des obligations et celui de la responsabilité emploient des concepts larges que les parties appliquent et que le juge interprète. Même en droit de la construction, la responsabilité des constructeurs s'appuie sur un nombre très restreint de textes. Peut-on dire pour autant que ces institutions sont moins performantes que celles sur la copropriété ou le logement social ? Qui pourrait

tato dalla disciplina nel Codice della costruzione quando dispone che la convenzione determina le eventuali attività accessorie che potranno essere esercitate nell'immobile oggetto del contratto, in ogni caso nel limite del 25% dell'estensione dell'immobile[339], e subordina all'accordo del locatore del fondo ogni cambiamento dell'attività su di esso svolta. Il recupero nel diritto francese dei nostri giorni della nozione di proprietà temporanea[340] può leggersi nel quadro di certe tendenze contemporanee degli ordinamenti giuridici continentali in tema di disciplina dei beni e delle loro modalità di concessione, ravvicinando gli stessi al sistema di *common law* e allontanandoli dall'astratta idea di una proprietà assoluta, esclusiva e perpetua[341], che i codificatori del 1804 avevano voluto recuperare dall'antica Roma, facendone un pilastro della propria visione al pari della libertà contrattuale e della libertà d'iniziativa economica. L'evoluzione nel senso di una proprietà normativamente e contrattualmente conformata, nonché temporalmente circoscritta, latente fin dagli albori della recezione dell'istituto superficiario nell'ordinamento post-codicistico, consolidatasi poi con la recezione legislativa della locazione enfiteutica e poi della sua variante urbana rivolta alla costruzione, trova un coronamento negli ultimi modelli di locazione reale, a spiccata connotazione sociale e per questo in gran parte regolati da norme imperative. In tali recenti figure introdotte dal legislatore, il meccanismo di funzionamento mette nel massimo risalto la conformazione della situazione dominicale

soutenir que le bail à construction est juridiquement moins sécure que le bail réel solidaire, trois fois plus réglementé en volume de textes mais qui sera sans doute beaucoup moins utilisé ?".

339 L'immobile concesso in locazione deve infatti permanere a destinazione principale di alloggi. Peraltro, quando esso è sottoposto alle regole della comproprietà tra gli abitanti acquirenti (temporanei) delle sue frazioni, il vincolo sussistente deve essere riportato nella sezione del regolamento di condominio relativa alla destinazione dell'immobile.

340 La cui associazione al diritto conferito dal *bail réel immobilier* ha anche suscitato perplessità in dottrina, con autori che hanno ritenuto la qualifica di proprietà una mera fonte di confusione: v. D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, pp. 818-819.

341 Cfr. J. Picard, *Le bail réel solidaire: la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable*, in *Petites affiches*, 2016, n. 233, pp. 13-14; B. Wertenschlag, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, in *AJDI*, 2016, pp. 742-743.

conferita e la sua limitazione temporale, facendone dipendere il successo dell'intera operazione. Si osserverà in seguito come l'utilizzo dello strumento del diritto di superficie per realizzare finalità d'interesse generale trovi importanti riscontri nel diritto comparato, oltre che nelle stesse origini e ragioni sociali alla base dell'istituto, la cui sempre più enfatica riscoperta da parte del legislatore francese può costituire uno stimolo da cogliere anche da questo lato delle Alpi.

Vari elementi del rapporto contrattuale, con particolare riferimento alle prerogative del conduttore e ai vincoli imposti, sono precisamente determinati dal legislatore; se ne riferiscono qui gli aspetti a prevalente impronta privatistica e altrove quelli più improntati a regole d'interesse generale in tema di politiche abitative. Gli articoli L254-2 e L254-3 sono dedicati ai diritti e agli obblighi delle parti. Il conduttore non può effettuare cambiamenti tali da ridurre il valore dell'immobile, né può, salva stipulazione contraria, demolire e ricostruire le opere preesistenti o che ha edificato. Può invece godere liberamente delle costruzioni già presenti e delle costruzioni e installazioni che ha realizzato e ristrutturato, purché non pregiudichi la destinazione dell'immobile ad abitazioni per il ceto medio o lo stato nel quale si è convenuto che le costruzioni tornino al locatore alla fine del rapporto. Il conduttore può cedere a terzi la propria posizione contrattuale, ivi inclusi i diritti reali attribuitigli, nonché consentire a sua volta delle locazioni nell'immobile, nei limiti accennati; le ulteriori locazioni concesse dal conduttore si estinguono, come regola generale, con lo scadere della locazione reale immobiliare, a meno che questo primo contratto non prevedesse la continuazione delle locazioni abitative direttamente con il proprietario del fondo. Anche il diritto temporaneo di proprietà superficiaria costituito si estingue ovviamente con la fine della locazione. Il conduttore può acquistare servitù attive e consentire le servitù passive indispensabili alla realizzazione delle costruzioni e opere realizzate in adempimento del contratto; non può però consentire servitù passive che eccedano la durata della locazione senza l'accordo del locatore[342]. Il locatario è tenuto a mantenere in

[342] Anche quindi se indispensabili alla realizzazione delle costruzioni; critica tale

buono stato di manutenzione e a svolgere le riparazioni di ogni natura sulle costruzioni che ha realizzato e su quelle preesistenti, ma non a ricostruire le stesse in caso di distruzione che provi essere stata dovuta a caso fortuito, forza maggiore o vizio di costruzione anteriore al contratto. Tutti i pesi, tasse e imposte relativi tanto al fondo locato quanto alle costruzioni realizzatevi sono a carico del conduttore.

Il conduttore del *bail réel immobilier* è tenuto al pagamento di un canone, il cui ammontare, supposto relativamente modico[343], tiene conto delle condizioni di occupazione degli alloggi; non può liberarsi di questo né degli altri obblighi contrattuali rilasciando il fondo. Il contratto può prevedere l'obbligo del conduttore di adempiere anticipatamente al pagamento del canone, per tutta o una parte della durata del contratto. In caso d'inesecuzione dei suoi obblighi, tra cui il dovere di costruzione o restauro, di manutenzione e riparazioni, di rispetto dei vincoli legali posti per mantenere l'alloggio nella disponibilità di nuclei familiari della classe media, e in particolare in caso di mancato pagamento del canone non regolarizzato entro sei mesi da una messa in mora stragiudiziale, il locatore può domandare in giudizio la risoluzione della locazione reale immobiliare; in caso di risoluzione anticipata del contratto, sia essa amichevole o giudiziale[344], la posizione di controparte contrattuale dell'ulteriore conduttore abitante dell'alloggio è trasferita di diritto in capo al primo locatore, proprietario del fondo.

c. Bail réel solidaire

Il modello del *bail réel immobilier* è stato ben presto ripreso in una nuova, ulteriore figura, il *bail réel solidaire*, stavolta rivolta alle fasce sociali più svantaggiate, col fine di arricchire e

scelta legislativa V. Zalewski-Sicard, *Servitudes et baux conférant un droit réel*, in *Constr.-Urb.*, 2015, n. 11, p. 16.

343 J.-F. Davignon, M. Poumarède, *Droit des biens immobiliers: la propriété temporaire au service du logement*, in *Droit et patrimoine*, 2015, n. 246, p. 83.

344 Dall'insieme delle regole poste in tema di risoluzione del *bail réel immobilier* pare escludersi la possibilità di prevedere nel contratto una clausola risolutiva espressa: M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, in *RDI*, 2014, p. 274.

differenziare gli statuti giuridici del patrimonio abitativo sociale destinato alle classi popolari. Anche in questo caso, la messa a disposizione dell'alloggio all'abitante per un prezzo calmierato può avvenire sotto forma di accesso temporaneo alla proprietà o di ulteriore locazione, comunque attraverso un meccanismo di dissociazione della proprietà e del costo dei suoli da quello delle costruzioni, di particolare utilità quindi nelle aree urbane con maggior tensione abitativa, dove il prezzo dei terreni è particolarmente alto. Le principali differenze (o correzioni di rotta) rispetto al modello appena analizzato consistono – come si vedrà soprattutto tra gli aspetti del *bail réel solidaire* che più risentono della regolamentazione giuridica d'interesse generale delle politiche sociali – nei più stringenti strumenti di controllo attribuiti al locatore, soggetto istituzionale, per assicurarsi del rispetto dei vincoli sociali gravanti sull'immobile, nonché nel carattere "ricaricabile" a ogni cessione del diritto reale attribuito, così da favorire il consolidarsi nelle mani del nuovo beneficiario dell'operazione di un capitale utilizzabile, il cui potenziale valore non rischia di essere compromesso già in partenza da una prossima scadenza[345]. Si conferma così come le locazioni superficiarie siano uno strumento sempre più imprescindibile per realizzare gli obiettivi delle politiche abitative pubbliche. Ad accomunare le due ultime figure di locazione reale è pure la derivazione, nella funzione e in molti aspetti del regime, dalla figura di *common law* del *community land trust*: derivazione più esplicita, come si vedrà, per la più recente di queste locazioni reali, che si è accompagnata alla creazione di un apposito *organisme de foncier solidaire*. Creato con l'*ordonnance* n. 2016-985 del 20 luglio 2016, il *bail réel solidaire* è disciplinato dagli articoli

[345] Cfr. le critiche in questo senso rivolte al *bail réel immobilier*, con adesione alla diversa scelta in sede di strutturazione del successivo *bail réel solidaire*, in V. Le Rouzic, *Le bail réel solidaire: une petite révolution du droit de propriété à mettre en perspective*, in *Gaz. Pal.*, 2017, n. 30, Dossier, p. 3066: "dans un premier temps, le prix de vente a tendance à suivre la hausse tendancielle des prix de l'immobilier, tandis que dans un second temps, le prix de vente diminue progressivement jusqu'à se réduire à néant au terme du bail. C'est certainement cette perspective d'une valorisation économique décroissante du droit au bail qui explique l'absence à ce jour d'expérimentation du bail réel immobilier. A cela s'ajoute une absence d'incitation économique par les pouvoirs publics".

da L255-1 a L255-19 e da R255-1 a R255-9 del Codice della costruzione e dell'abitazione, il cui titolo V del libro II è ormai cumulativamente dedicato a *bail à construction*, *bail à réhabilitation*, *bail dans le cadre d'une convention d'usufruit*, *bail réel immobilier* e *bail réel solidaire*: quest'ultimo è regolato nel capitolo V del titolo.

La sezione I del capitolo è rubricata "definizione" e fornisce i caratteri essenziali della locazione reale solidale. È così denominato il contratto attraverso cui un *organisme de foncier solidaire* – uno specifico soggetto giuridico recentemente istituito dal legislatore e su cui si tornerà in sede di analisi degli aspetti a prevalente ispirazione sociale dell'istituto – e quindi non, stavolta, qualsiasi proprietario, consente a un conduttore, per una durata compresa tra 18 e 99 anni, dei diritti reali in vista della locazione o dell'accesso alla proprietà degli alloggi da parte di soggetti che soddisfino determinati requisiti di risorse e nel rispetto di massimali posti ai prezzi a cui il conduttore può cedere i propri diritti o locare a sua volta, con un obbligo solo eventuale di realizzare costruzioni o di restaurare quelle già esistenti; tali abitazioni sono destinate, per tutta la durata del contratto, a essere occupate a titolo di residenza principale. Subito si evidenzia una peculiarità di questo contratto rispetto a tutte le altre locazioni sviluppatesi nel corso del tempo sulla base del modello enfiteutico, in quanto l'obbligo di apportare migliorie da parte del conduttore, titolare di un diritto di superficie, non è elemento essenziale e neanche naturale del contratto, ma soltanto eventuale. È una situazione che ben si presta a essere descritta sulla base di una lettura del diritto reale del conduttore (anche) di una locazione reale solidale direttamente come un diritto di superficie. Allora, nel caso in cui sul conduttore non gravi alcun obbligo di migliorare il fondo – quale tipico delle figure evolutesi a partire dalla locazione enfiteutica – la sua prerogativa reale si palesa nel modo più immediato come proprietà superficiaria, malgrado il legislatore non qualifichi la stessa in nessun modo. Più che mai in questa ipotesi si evidenziano i limiti di ogni teoria che implichi lo sdoppiamento del diritto reale conferito dai contratti di locazione anomala in due distinti diritti, l'uno di proprietà temporanea della costruzione e l'altro, non meglio definito, sul suolo, con

una poco chiara funzione di mediazione tra questa proprietà temporanea e la situazione di natura personale di conduttore di una locazione. Le prerogative reali del conduttore sono invece ricomponibili nel quadro della teoria dualista della superficie come diversi aspetti di un unico diritto reale, di fare e mantenere sul suolo altrui una costruzione acquistandone la proprietà, come positivizzato dal Codice civile italiano del 1942. La non necessarietà dell'obbligo di migliorie del locatario favorisce in ogni caso il dispiegarsi di uno schema ulteriore rispetto a quelli consentiti nel quadro di un *bail réel immobilier*, ovvero il caso in cui il conduttore originario della locazione reale solidale sia direttamente il soggetto di reddito moderato beneficiario dell'operazione, che evidentemente non può essere gravato di lavori di grande entità[346]. In tale ipotesi, il contratto può prevedere, secondo gli obiettivi e le caratteristiche di ogni operazione, che il conduttore debba occupare l'alloggio attribuitogli temporaneamente in proprietà superficiaria, senza poterlo a sua volta sub-locare – ma potendo sempre alienare, con i vincoli che si esamineranno, il complesso della propria posizione contrattuale, inclusa la titolarità del diritto reale. I tetti massimi del prezzo a cui l'*organisme de foncier solidaire* può concedere il diritto di superficie e delle risorse dell'abitante conduttore del *bail réel solidaire* sono stabiliti con atto regolamentare, ma in ogni caso l'organismo potrà derogarvi applicando soglie inferiori in funzione dei propri obiettivi e delle caratteristiche di ogni operazione.

Invece che direttamente con il beneficiario, la locazione reale solidale può anche essere convenuta con un operatore, quale un altro ente con finalità sociali o un promotore immobiliare, che s'impegna all'eventuale costruzione o restauro degli alloggi e alla vendita, sempre al prezzo calmierato, della proprietà superficiaria degli stessi a beneficiari che rispondano alle summenzionate condizioni di risorse, ovvero a proporre agli stessi beneficiari e coi medesimi vincoli la sottoscrizione di parti o azioni

[346] Cfr. J. Picard, *Le bail réel solidaire: la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable*, in *Petites affiches*, 2016, n. 233, pp. 9-10.

sociali tali da permettere il godimento del bene[347]. Ciascuno dei beneficiari sub-acquirenti degli alloggi dovrà essere approvato dall'*organisme de foncier solidaire*, secondo il meccanismo dettagliato che si osserverà in sede di analisi degli aspetti più legati alla funzione di politica sociale del contratto. A differenza delle altre locazioni superficiarie, inoltre, una nuova convenzione di *bail réel solidaire*, avente per oggetto il solo diritto di proprietà superficiaria ricevuto da ogni sub-acquirente, è stipulato tra quest'ultimo e l'organismo proprietario del fondo, e tale diritto è immediatamente e automaticamente escluso dalla prima locazione conclusa tra l'organismo e l'operatore immobiliare sua originaria controparte contrattuale. Quando la totalità dei diritti si trova nel corso del tempo a essere esclusa dal primo contratto di locazione reale immobiliare, questo si estingue, come svanendo in favore di una molteplicità di locazioni reali immobiliari individuali concluse con ogni abitante[348]; tra i proprietari temporanei degli alloggi di uno stesso edificio, che abbiano man mano acquisito le proprie abitazioni, si formerà una particolare comproprietà[349].

Il *bail réel solidaire* può infine, come già nel caso del *bail réel immobilier*, essere concluso dall'organismo con un operatore che si obbliga all'eventuale costruzione o restauro delle abitazioni e alla loro messa in locazione, pure in questo caso a un prezzo calmierato e a soggetti rientranti nei massimali di risorse; anche in tale ipotesi soglie inferiori possono essere imposte dal

[347] V. B. Wertenschlag, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, in *AJDI*, 2016, p. 741: "Il est ici fait référence aux sociétés d'attribution. Ces sociétés ont pour objet de construire ou d'acquérir des immeubles en vue de leur division par fractions qui peuvent être attribuées en jouissance aux associés. Schématiquement, cela consiste pour la société d'attribution à constituer un capital en groupes d'actions ou de parts donnant chacun vocation à l'attribution d'un logement identifié. En attribuant un groupe de parts ou d'actions à une famille, la société cède le droit de jouissance du logement. Dans le cas du bail réel solidaire, plutôt que de vendre les droits réels directement à la famille candidate, la société d'attribution lui attribuerait ou lui céderait le groupe d'actions correspondant au logement souhaité. La famille deviendrait donc actionnaire et titulaire du droit de jouissance".

[348] F. Roussel, *Nouveau bail notarié: voici le bail réel solidaire*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 925, par. 3.

[349] M. Poumarède, *Le bail réel solidaire*, in *RDI*, 2016, p. 544.

proprietario del suolo in funzione degli obiettivi che persegue e delle caratteristiche di ogni operazione.

In tutti i casi, qualora si verifichino successivamente delle ulteriori alienazioni, il prezzo di rivendita dei diritti di proprietà superficiaria, ovvero di parti o azioni sociali che permettono il godimento del bene, è limitato al valore di acquisto, aggiornato secondo modalità rimesse alla determinazione di atti regolamentari. L'acquirente, il donatario o l'avente causa di tali diritti per via di successione *mortis causa* deve a sua volta rispondere ai requisiti che si sono indicati. Il contratto non può prevedere alcuna facoltà di recesso unilaterale del locatore, né di risoluzione al di fuori dei casi previsti dal legislatore, né essere oggetto di riconduzione tacita. Quale dei tre schemi di locazione reale solidale si realizzi – concessione del diritto reale direttamente all'abitante dell'alloggio o a un operatore affinché lo trasferisca poi all'abitante ovvero conceda allo stesso un'ulteriore locazione – la sanzione per il mancato rispetto dei loro elementi essenziali, quali indicati dal legislatore e qui sinteticamente descritti, è la nullità del contratto di *bail réel solidaire*.

I diritti e obblighi delle parti ricalcano in gran parte quanto si è osservato in merito alla locazione reale immobiliare, con la differenza di fondo del carattere solo eventuale dell'obbligazione di svolgere i lavori. Possono constatarsi alcune altre divergenze di un certo rilievo. L'ammontare del canone tiene conto delle condizioni di acquisto del patrimonio fondiario da parte dell'*organisme de foncier solidaire* e delle condizioni finanziarie e tecniche degli eventuali lavori di cui il conduttore è gravato, nonché delle condizioni di occupazione degli alloggi[350]. In caso di sinistro verificatosi sul fondo di entità tale da comportare risoluzione del contratto, il conduttore è indennizzato dal locatore, secondo le condizioni convenute,

[350] V. F. Roussel, *Nouveau bail notarié: voici le bail réel solidaire*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 925, par. 5: "La fixation de la redevance devrait fonctionner comme un système «de maintien de l'accessibilité», tenant compte des réalités de marché. La valeur du bien bâti sera calculée par référence à la valeur du bien «terrain intégré». Elle sera «dissociée» entre celle restant appartenir à l'OFS, et celle appartenant à l'accédant, que ce dernier pourra transmettre"; per un'applicazione esemplificativa, cfr. il caso che, nel testo, l'Autore ipotizza subito di seguito.

del valore del proprio diritto reale. In caso d'inesecuzione degli obblighi contrattuali del conduttore, in particolare di pagamento del canone, la locazione è risolta, in seguito a indennizzo del valore dei diritti reali immobiliari tenendo conto delle mancanze che hanno comportato la risoluzione, secondo le modalità previste nella convenzione. Tali disposizioni, che affievoliscono la gravità delle conseguenze dell'inadempimento, si spiegano e acquistano senso nel quadro del carattere sociale dell'operazione. Nella stessa logica, alla scadenza del contratto, il diritto di superficie si estingue – compreso il diritto sulle eventuali migliorie apportate – e il proprietario del suolo acquista la piena proprietà anche del soprassuolo, ma questo avviene in cambio di un indennizzo, secondo le condizioni convenute e nel rispetto del limite massimo di valore del diritto reale quale determinato dalle relative norme.

Sezione II. *Le locazioni reali: comparazione e problematizzazione*

La presente sezione è volta ad arricchire di diversi spunti e punti di vista le nozioni introdotte nella sezione precedente. Nello specifico, si tornerà sull'enfiteusi e sul suo legame con la superficie, dapprima in una comparazione volta a comprendere le somiglianze e le differenze, nel diritto positivo, nella teoria e nella pratica giuridica, rispetto ad altri ordinamenti. Si svolgerà poi una riflessione critica sulla crisi di una concezione unitaria della proprietà immobiliare e sugli assetti dominicali delle società postmoderne, interrogandosi se e quale ruolo propulsivo le nozioni di superficie e di enfiteusi possano giocare in questo mutamento.

Sottosezione I. *L'enfiteusi in altri modelli giuridici: uno sguardo comparativo*

Dopo aver approfondito la storia, i connotati, il regime e le evoluzioni dell'enfiteusi francese, s'introdurrà di seguito l'enfi-

teusi negli altri ordinamenti di *civil law* qui oggetto di studio, Italia e Belgio, al fine di poter svolgere un'analisi comparativa.

A. *L'enfiteusi in Belgio*

Come il diritto di superficie[351], anche l'enfiteusi in Belgio è regolata da una legge del 10 gennaio 1824, ampiamente dispositiva, che ne ha cristallizzato una nozione piuttosto diversa da quella francese. La combinazione della flessibilità degli schemi legali, malleabili rispetto all'adattamento a una varietà di operazioni immobiliari, e della solidità delle prerogative di realità del diritto conferito a un investitore, hanno però anche in Belgio fatto la fortuna di entrambi gli istituti, determinandone una rinascita dopo un prolungato periodo di quiescenza[352]. L'articolo primo della legge sull'enfiteusi definisce la stessa come un diritto reale, che consiste nell'avere il pieno godimento di un immobile[353] appartenente a un terzo, con la condizione di pagare a quest'ultimo un canone annuo, in denaro o in natura, come riconoscimento del suo diritto di proprietà. Il titolo costitutivo è soggetto a pubblicità immobiliare. La durata minima è

[351] Una certa prossimità nello schema economico e nel regime dei due diritti reali, quali disciplinati nel 1824, fa sì che nella prassi essi siano confusi con una certa frequenza, sicché la scelta sull'uno o sull'altro può facilmente cadere soprattutto secondo la lunghezza del periodo di tempo per cui si vuole conferire il diritto, in presenza di un differente limite di durata ammesso nei due casi dal legislatore: v. A. Gosselin, L. Herve, *Du sort des constructions et aménagements immobiliers réalisés par l'occupant (2ème partie)*, in *Revue du notariat belge*, 2006, p. 242.

[352] Cfr. R. Carton de Tournai, A.J. Charlier, *Quelques considérations d'actualité sur l'emphytéose et la superficie*, in *Journal des tribunaux*, 1971, pp. 69-72.

[353] Cfr. P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, p. 455: "Le législateur définit l'emphytéose comme le droit réel consistant à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui. Le terme est ici tout à fait général et permit à la doctrine, nécessités de la pratique aidant, d'affirmer, après quelques hésitations, que le droit d'emphytéose peut porter sur un terrain, sur un fonds donc, bâti ou non, en sur-sol, comme en sous-sol, mais aussi sur des bâtiments considérés isolément […]. Rien n'empêche un propriétaire d'immeuble de n'accorder un droit d'emphytéose que sur une partie seulement de son immeuble ; ainsi, le bailleur emphytéotique pourrait conserver la pleine propriété d'une partie de son fonds et attribuer la jouissance emphytéotique du reste à autrui".

di 27 anni, quella massima di 99 anni[354]: tali disposizioni risultano inderogabili. Già da queste prime informazioni traspare la differenza strutturale dall'enfiteusi francese, laddove il distacco da quella italiana si evidenzia maggiormente dalle previsioni in tema di durata e di regime del rapporto, che nel nostro Paese risentono profondamente della legislazione via via intervenuta in conseguenza dello stretto intrecciarsi dell'istituto con le vicende del conflitto sociale tra proprietari fondiari e coltivatori in epoca contemporanea, assumendo, come si vedrà, una sfumatura più "politica" che negli altri modelli qui in esame. Anche in materia di enfiteusi, come già si è notato per la superficie, si può ben osservare come un lungo periodo di fluidità – sia pure, in questo caso, poi condensata dal legislatore del 1902 – abbia improntato il modello francese, ponendo le soluzioni giuridiche direttamente a ridosso della pratica, a sua volta formatasi sulle vestigia e nella memoria di modelli di *Ancien droit*, una cui repentina scomparsa avrebbe lasciato senza risposta bisogni sociali ancora diffusamente percepiti. In Belgio si assiste invece a una soluzione più nitida, sistematicamente più congrua, che attraverso una precisa definizione legislativa cerca di prevenire l'intreccio di situazioni reali e situazioni personali quale, nella sua estrema versatilità, ha finito per determinare il successo della locazione enfiteutica francese, provocandone negli ultimi decenni una sempre più prolifica filiazione (*bail à construction*, *bail à réhabilitation*, ecc.). In Belgio, al contrario, si tratta semplicemente di un diritto reale, concettualmente distinto da una qualche forma di locazione, malgrado sopravvivenze terminologiche del ceppo comune (il proprietario del fondo resta generalmente chiamato "bailleur emphytéotique") e un'effettiva prossimità di regime, tale da rendere non rara la riqualificazione in locazione (ma, talvolta, anche in vendita) del contratto qualificato di enfiteusi che conferisca un diritto che troppo si allontani dagli elementi essenziali dell'istituto[355]; una certa commistione con il

[354] È escluso il rinnovo tacito, ma anche dopo la scadenza l'enfiteusi può continuare a esistere fino alla revoca.

[355] V. P. Lecocq, *Superficie, Emphytéose et constructions*, in P. Lecocq, B. Tilleman, A. Verbeke, *Zakenrecht/Droit des biens*, Bruges, Bruxelles, 2005, p. 288: "Les auteurs s'accordent en effet à considérer que le risque est grand de voir

diritto di superficie permane, ma inquadrata nella cornice della già menzionata teoria della superficie-conseguenza, che fa del diritto di superficie, quando accessorio a un diverso diritto come l'enfiteusi, una figura a sé stante, non costretta negli argini della legge sul diritto di superficie, ma libera di svilupparsi a ridosso della fisionomia del diritto primario di cui costituisce una conseguenza.

L'enfiteuta, titolare di un diritto reale di godimento ad amplissimo spettro, esercita tutti i diritti relativi alla proprietà dell'immobile, non potendo fare però niente che ne diminuisca il valore (come attività di estrazione mineraria, a meno che al momento della costituzione del diritto tale forma di sfruttamento del sottosuolo avesse già avuto inizio); egli è tenuto al pagamento del relativo carico fiscale, alla manutenzione e alle ordinarie riparazioni, mentre il proprietario non è tenuto ad alcuna riparazione. Il miglioramento del fondo, attraverso opere di costruzione, dissodamento o piantagione, di cui si è osservata l'importanza nella storia dell'enfiteusi, è espressamente qualificato dal legislatore – naturalmente, salva diversa volontà delle parti – come una mera facoltà dell'enfiteuta. La realizzazione di costruzioni o piantagioni darà luogo a un diritto di superficie(-conseguenza), sicché l'enfiteuta ne sarà temporaneamente proprietario sino allo scadere del suo diritto e, allora, non potendo, salvo diverso accordo, costringere il proprietario a pagarne il valore, potrà levare le opere a cui non fosse convenzionalmente tenuto, riparando il danno che questo intervento possa provocare al fondo; il proprietario del fondo avrà su questi oggetti un diritto di ritenzione, fino al pagamento di quanto dovutogli dall'enfiteuta. L'enfiteuta potrà liberamente ipotecare e alienare il proprio diritto, nonché, per la sua durata, gravare il fondo di servitù. Avrà il diritto a una riduzione del canone solo in caso di privazione totale del godimento per più di cinque anni e per il tempo della privazione. L'enfiteuta potrà essere dichiarato, senza pregiudizio della possibilità d'azione anche per danni,

disqualifier telle ou telle convention qui méconnaîtrait certaines données considérées comme de l'essence même des droits de superficie on d'emphytéose. L'on cite ainsi le caractère réel de ces droits, la possibilité pour leur titulaire de conférer une hypothèque, l'existence du canon en matière d'emphytéose".

decaduto dal suo diritto per causa di notevoli deterioramenti dell'immobile e di abusi gravi del godimento; potrà però evitare il verificarsi di tale decadenza riportando le cose *in statu quo ante* e dando garanzie per il futuro. Alla scadenza dell'enfiteusi, il proprietario disporrà in ogni caso di un'azione personale per danni contro l'enfiteuta, per eventuali degradazioni occasionate dalla negligenza e dalla mancanza di manutenzione del fondo, nonché per la perdita dei diritti che il titolare del diritto reale abbia lasciato colpevolmente prescrivere.

Utilizzi in funzione sociale del diritto di enfiteusi e del diritto di superficie, nel quadro di politiche pubbliche, statali e regionali, rivolte all'accesso a un alloggio salubre e decente delle fasce più disagiate della popolazione, si sono manifestati anche in Belgio, con una tendenza espansiva negli ultimi anni[356]. Malgrado le differenze degli istituti del diritto belga dai loro corrispondenti francesi, il facile prestarsi delle strutture giuridiche che realizzano una dissociazione giuridica dell'immobile a operazioni sociali volte a garantire a tutti la possibilità di accesso alle abitazioni è stato colto anche nel contesto belga, con una convergenza verso risultati simili. La crescente attenzione nel dibattito pubblico e in quello tra gli specialisti[357] e la rielaborazione creativa degli strumenti messi a disposizione dal diritto civile hanno creato i presupposti perché, prima ancora che in Francia, si creasse in Belgio, con il riconoscimento e il supporto, anche economico, delle pubbliche autorità, una rete in rapida espansione di *community land trusts*[358].

[356] V. diffusamente, citando esempi pratici recenti di operazioni sociali attuate servendosi dei diritti di enfiteusi e di superficie, N. Bernard, *L'emphytéose et la superficie comme pistes de solution à la crise du logement ou «c'est dans les vieilles casseroles…»*, in *Les échos du logement*, 2010, n. 1, pp. 1 ss.

[357] N. Bernard, G. de Pauw, L. Géronnez, *Coopératives de logement et* Community Land Trusts, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2010, n. 28 (n. 2073), pp. 5 ss.; N. Bernard, G. de Pauw, L. Géronnez, *Les* Community land trusts: *une réponse (acquisitive) innovante face à la crise du logement*, in *Les cahiers de l'urbanisme*, 2011, n. 78, pp. 91 ss.

[358] V. R. Timmermans, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond*, Mechelen, 2016; P.-Y. Erneux, *L'habitat groupé et le droit*, in *Revue pratique de l'immobilier*, 2017, n. 1, pp. 229 ss. Per l'esempio di Bruxelles, v. la definizione di *community land trust* (*alliance foncière régionale*) contenuta nell'*ordonnance du 11 juillet 2013 modifiant l'ordonnance du 17*

B. *Italia e Francia: considerazioni comparative*

Rinunziando a ogni approccio dogmatico e concettualistico, la dimensione storico-sociale sembra particolarmente decisiva per comprendere la disciplina attuale dell'enfiteusi in Italia: una dimensione che risente e rispecchia le complesse vicende del conflitto sociale nel nostro Paese, tra proprietà e possesso delle terre coltivate, e l'aspirazione dei coltivatori diretti a conseguire la titolarità ultima del suolo su cui profondevano il proprio lavoro[359], facendone uno degli istituti giuridici che più intimamente risentono dei corsi e ricorsi di tale scontro. Diverso esito – e traduzioni normative anche opposte – ha avuto questa aspirazione nel succedersi di diversi regimi politici e sociali: la monarchia liberale, il fascismo e lo Stato sociale dell'Italia repubblicana. L'enfiteusi ha costituito a lungo un importante ambito di sviluppo delle trasformazioni sociali in corso, riflettendo nel corso del tempo diversi rapporti di potere tra le classi, di cui mantiene tuttora le impronte, nonché negli ultimi decenni risentendo della perdita definitiva di centralità delle campagne nel modello di sviluppo economico.

Assimilata da autorevoli voci in Italia a un lontano parente continentale del *trust* di *common law*, condividendone la funzione di dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale[360],

juillet 2003 portant sur le code bruxellois du logement, art. 2, § 1er, 27°: «organisation sans but lucratif, agréée par le Gouvernement qui en détermine les conditions, qui a pour mission d'acquérir et gérer des terrains dans la Région de Bruxelles-Capitale en vue de créer sur ces terrains aussi bien des habitations accessibles pour les ménages en état de précarité sociale que des équipements d'intérêt collectif, entre autres. L'alliance foncière régionale reste propriétaire des terrains mais transfère la propriété des bâtiments aux ménages via des droits réels démembrés. Elle détermine les règles de revente des bâtiments qui doivent permettre que ceux-ci restent toujours accessibles aux familles disposant d'un bas revenu. Pour les projets bénéficiant de subsides régionaux, ces règles doivent être approuvées par le Gouvernement»; cfr. M. Blaffart, V. Loiseau, L. Weber, *Le développement de Community Land Trust à Bruxelles*, 2012, <http://www.lema.ulg.ac.be/urba/Cours/Cas/1112/étude%20de%20cas2_CLT_BLAFFART-LOISEAU-WEBER.pdf>.

[359] V. Simoncelli, *Della enfiteusi*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, vol. I, II ed., Napoli, Torino, 1922, p. 427.

[360] A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XLVII ed., Padova, 1999, p. 489, p. 491.

l'enfiteusi risponde a esigenze che presentano punti di contatto con quelle a cui risponde l'altro istituto della superficie, l'una sorta in contesti rurali, l'altra in contesti urbani. Un raffronto esauriente dell'enfiteusi francese con quella italiana richiederebbe una più specifica trattazione[361]. Nel presente studio, che si presenta nell'insieme come una trattazione comparativa del diritto di superficie come strumento di dissociazione giuridica dell'immobile, appare opportuno limitarsi a mettere in relazione i tratti più peculiari dell'enfiteusi al di qua e al di là delle Alpi e, in particolare, quelli che ne hanno determinato il diverso rapportarsi con il "cugino" diritto di superficie.

L'enfiteusi italiana è regolata nel Codice del 1942, al pari della superficie, tra i diritti reali e non più, come nel codice del 1865, tra i contratti, che, a rigore, non ne sono che una delle modalità di costituzione, sia pure la più diffusa. In tale ordinamento l'enfiteusi può costituirsi tanto per via contrattuale (anche a titolo gratuito), la più comune, quanto attraverso un testamento o un atto amministrativo, nonché per prescrizione acquisitiva, pur dovendosi manifestare o particolari circostanze (in particolare, l'adempimento del canone e l'apporto di migliorie che accrescano in qualche modo il valore del fondo) tali da qualificare la situazione di fatto come corrispondente all'esercizio di un diritto di enfiteusi e non di piena proprietà, oppure i presupposti dell'usucapione abbreviata[362]. Si è negato

[361] Si è approfondita la comparazione tra il modello italiano e il modello francese di enfiteusi in S. Zolea, *L'enfiteusi dal mondo rurale alle politiche abitative urbane. Note comparatistiche sulle esperienze francesi e italiane*, in *Riv. crit. dir. priv*, 2019, pp. 369 ss.

[362] V. G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 64-73, che, per contro, esclude l'usucapibilità del diritto del concedente. In presenza di un titolo costitutivo convenzionale, S. Orlando Cascio, *Enfiteusi (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 924-925, identifica uno specifico contratto di enfiteusi, consensuale e con effetti reali, escludendo che a tale diritto reale possa dar luogo un diverso schema negoziale menzionato dal Codice ovvero innominato, come evidenziava la sistematica del precedente Codice del 1865. Sull'eventualità di una possibile fonte legale del diritto, osserva inoltre l'Autore (p. 931): "È dubbio se, nel nostro diritto positivo, vi siano casi in cui la legge possa considerarsi direttamente titolo costitutivo del diritto di enfiteusi. Sembra debba rispondersi negativamente, giacché, anche nei casi, nei quali l'enfiteusi è imposta coattivamente dalla legge a determinati enti, l'ente è obbligato a stipulare un contratto di enfiteusi o ad emanare un atto amministrativo,

nella nostra dottrina che obbligazioni dell'enfiteuta diverse da quelle tipizzate dal legislatore (canone e migliorie[363]) possano assumere carattere reale, vincolando gli aventi causa, a cui, a meno di assunzione negoziale di tali doveri, la risoluzione del rapporto per l'inadempimento di queste obbligazioni dell'originario enfiteuta non è opponibile se l'acquisto è avvenuto prima della trascrizione della domanda di risoluzione[364].

Rispetto all'Italia, diversamente si è sviluppata l'enfiteusi francese, restata fuori dalla codificazione e, ancora per quasi un secolo dopo di essa, sopravvissuta nella prassi e rimasta regolata dalla tradizione e dal prudente apprezzamento dei giudici nel bilanciare l'eredità ingombrante del passato con il nuovo sistema del diritto dei beni; quindi, finalmente, è stata recepita dal legislatore come esistente nella prassi rurale, uno speciale contratto di locazione di lungo periodo con la peculiarità dell'attribuzione al conduttore di un diritto reale, e con attenzione piuttosto alla chiarificazione e specificazione di punti più sovente controversi che a un intento sistematico e concettuale, il tutto senza tangere il testo del *Code civil*. Dell'istituto di *Ancien droit*, frutto di una sintesi delicata di elementi di tardo diritto romano e di diritto germanico quali rielaborati dai romanisti, molti caratteri distintivi sopravvivono nell'enfiteusi francese contemporanea: in primo luogo, l'estrema dispositività, con una struttura malleabile che ben si adatta a operazioni concrete piuttosto diversificate; inoltre, e in stretta connessione col punto precedente, la contiguità tra diritto reale e quadro convenzionale, il quale nell'ordinamento d'oltralpe, con una reminiscenza

che costituisce la fonte immediata del diritto di enfiteusi, mentre la legge ne costituisce solo la fonte mediata e remota"; per l'usucapione di un'enfiteusi, v. in giurisprudenza *Cass. civ., sez. II, 12 dicembre 1988, n. 6740, MFI, 1988, 1017*.

363 Per un orientamento ulteriormente restrittivo, anche a questo proposito, della portata degli obblighi di natura reale dell'enfiteuta, v. L. B. Geri, *Oneri reali e obbligazioni* propter rem, Milano, 1984, pp. 40-41.

364 S. Orlando Cascio, *Enfiteusi (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 925-926; *contra*, G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 89-90: "[il nuovo titolare] subentra (insieme agli eventuali suoi aventi causa) in una posizione giuridica in tutto derivata da quella del suo autore e pertanto soggetta alle stesse limitazioni, anche temporali, e ad ogni relativo onere ed obbligo: le une e gli altri *de plano* opponibili nei suoi confronti, salva per le locazioni la particolare disciplina contenuta nell'art. 976".

forse inconsapevole della genesi dell'istituto stesso, ha assunto la forma esclusiva di un contratto di locazione, manifestandosi chiaramente in tutte le vicende giuridiche del rapporto l'intimo legame tra lato reale e lato obbligatorio. Al contrario l'ordinamento italiano, facendone un diritto reale tra i tanti, in un intento di chiarezza dogmatica e concettuale, sembra aver cercato di ricondurre a normalità l'enfiteusi, di ridimensionare

> la natura complessa del rapporto enfiteutico, e la posizione autonoma del diritto di enfiteusi tra i diritti reali, ed anche, sotto certi aspetti, singolare per l'essenzialità e l'ampiezza del lato obbligatorio che l'accompagna,

una natura tale che "il contratto d'enfiteusi prende e non può che prendere i caratteri stessi del rapporto che mira a costituire"[365]. È un ridimensionamento che ha realizzato un affievolimento delle potenzialità di un rapporto complesso costruito intorno all'obbligazione *propter rem* dell'enfiteuta, forse però con l'effetto indesiderato di accelerare l'isterilimento dell'istituto.

Come si è osservato, nella struttura dell'enfiteusi italiana è anche carente, quantomeno come suo elemento fermo e consolidato, la terza componente del trittico francese: l'attribuzione ulteriore di un diritto di superficie. L'estensione alle accessioni del diritto dell'enfiteuta, quale disposto dall'articolo 959[366], sembre-

[365] L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, p. 215; sul rapporto enfiteutico, v. anche pp. 193-194: "Accanto al lato reale che si sostanzia nel diritto reale, vi è un lato obbligatorio, inscindibilmente connesso col primo: l'enfiteuta, in quanto tale, è obbligato a pagare il canone e a migliorare il fondo; il concedente, in quanto tale, oltre ad essere proprietario, è creditore verso l'enfiteuta – chiunque esso sia – del canone e del miglioramento del fondo (art. 1558 cod. civile del 1865; art. 960 cod. civ.).

Che l'enfiteusi sorga per contratto o per testamento o prescrizione o in altro modo è indifferente: in ogni caso, fra lato reale e lato obbligatorio del rapporto enfiteutico vi è un intimo legame, un nesso perpetuo, insopprimibile. Ciò spiega come il rapporto nel suo complesso può trasferirsi da un soggetto all'altro dalla parte dell'enfiteuta o dalla parte del concedente o da entrambe"; cfr. *Cass. civ., sez. I, 16 nov. 1971, n. 3261, MFI, 1971, 947*.

[366] Per l'art. 1561 del Codice del 1865, l'enfiteuta "fa suoi tutti i prodotti del fondo e delle accessioni", mentre per l'art. 1562 egli "può disporre tanto del fondo enfiteutico, quanto delle sue accessioni, sia per atto tra vivi, sia per atto di ultima volontà": sulla differenza con il nuovo testo, v. R. Trifone, *Dell'enfiteusi*, in R. Trifone, F. De Martino, *Libro terzo: della proprietà, art. 957-1026*, ristampa della III ed., in A. Scialoja, G. Branca, *Commentario del codice civile*, Bologna, Roma, 1963, pp. 15-16:

rebbe prevenire la questione, evitando sia l'intreccio empirico à la française, sia quello, più sofisticato, che nel modello belga si costruisce intorno alla nozione di superficie-conseguenza; ricostruzioni simili erano invece più agevoli sotto il vigore del Codice italiano del 1865[367]. Nel Codice civile attuale un diritto di enfiteusi sulle costruzioni così come sul suolo, sorta di dominio utile peraltro corredato della facoltà di affrancazione così largamente concessa, era probabilmente sembrato al legislatore prerogativa sufficiente per una piena garanzia della situazione dell'enfiteuta. Ma echi della tradizione ogni tanto riaffiorano: si è per esempio affermata, come carattere implicito del sistema, la proprietà superficiaria dell'enfiteuta sulle addizioni realizzate sul fondo, da parte di uno dei rari studi contemporanei attenti a evidenziare anche nel nostro ordinamento le affinità e i punti di contatto tra superficie ed enfiteusi[368]. Risuona così in qualche modo la

"Rispetto al cod. civ. 1865 il nuovo non fa che meglio precisare i diritti dell'enfiteuta. Perché, mentre il primo all'art. 1561 stabiliva che l'enfiteuta faceva suoi i prodotti del fondo e delle accessioni ed aveva gli stessi diritti che avrebbe avuto il proprietario quanto al tesoro e alle miniere che si scoprissero nel fondo enfiteutico, il secondo dispone, non già che le accessioni appartengano all'enfiteuta, creando l'equivoco che quello che si unisce al fondo sia di quest'ultimo e non del domino, ma che l'enfiteuta estenda sulle accessioni il diritto che ha sul fondo". Per una peculiare proposta di condominio delle migliorie, ispirata a spunti provenienti dalle leggi napoletane preunitarie, v. V. Simoncelli, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, pp. 314 ss. In diritto comparato, nel quadro di uno studio sul modello olandese, per una descrizione dello schema dell'enfiteusi che esclude un diritto di proprietà dell'enfiteuta sulle costruzioni malgrado il suo diritto di realizzarle e servirsene, gestirle e sfruttarle in maniera esclusiva come il suolo stesso, cfr. A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, pp. 385-389, nonché B. Akkermans, W. Swadling, *Types of Property Rights – Immovables and Movables (Goods)*, in S. Van Erp, B. Akkermans, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2012, p. 275.

[367] L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, pp. 54 ss.; v. anche V. Simoncelli, *L'indole economica del contratto d'enfiteusi del codice civile italiano*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 188; G. Gorla, *L'accessione nel diritto civile italiano (contributo alla dottrina dei modi d'acquisto della proprietà)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1931, pp. 128-129, faceva dipendere la soluzione di tale questione da quella se l'enfiteuta fosse o meno da considerarsi il "vero" proprietario del fondo, argomentando sulla qualifica del "diritto di accessione" come semplice *pars dominii* e non come un diritto a sé.

[368] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 269 ss; v. anche (p. 273) il confronto che gli Autori

costruzione del Salis, che, cercando di recuperare in parte nel nuovo sistema codicistico la sua elaborazione precedente[369], e puntellandosi su una lettura tripartita della superficie, affermava in generale la possibilità di avere la proprietà separata di opere sul terreno altrui senza il ricorso a un diritto di superficie insistente sul suolo e argomentava:

nella concessione di taluni diritti reali (particolarmente usufrutto ed enfiteusi) può dirsi implicitamente consentita al concessionario del diritto una facoltà di fare e mantenere sul terreno, nei riguardi del quale il diritto deve essere esercitato, delle costruzioni ed opere delle quali lo stesso titolare del diritto conserva proprietà separata e godimento esclusivo per tutta la durata del suo diritto sul terreno. Per il nuovo codice, che ammette ormai esplicitamente il formarsi di una proprietà separata in seguito alla costituzione di un diritto di superficie, si impone dunque una distinzione, il più possibile precisa, tra quelle diverse ipotesi di proprietà separata, che

operano in termini generali tra superficie, enfiteusi e usufrutto: "Il superficiario è un imprenditore costruttore, come l'enfiteuta è organizzato in forma autonoma o d'impresa agricola nel diverso settore dei prodotti della terra: nei limiti degli impegni negozialmente assunti (ma questo è un livello contrattuale-costitutivo insuperabile per qualsiasi contraente) non devono rendere conto di quel che fanno per perseguire l'obiettivo d'incremento delle risorse che sono state loro fornite dal concedente, se si esclude l'ovvio divieto di danneggiare i beni concessi. […] Enfiteuta e superficiario si muovono nell'ambito del rapporto per modificare, l'usufruttuario per conservare. […] Si possono così sintetizzare le tre diverse posizioni dei soggetti presi in esame, affermando che l'usufruttuario non deve modificare, l'enfiteuta deve modificare, il titolare dello *ius ad aedificandum* ha l'onere di modificare se non vuole andare incontro all'estinzione del suo diritto per prescrizione (art. 954, IV comma, c.c.)"; cfr., sulla possibilità di una sovrapposizione di enfiteusi e superficie (ma conferite a due soggetti distinti, l'una dal proprietario del fondo e l'altra dall'enfiteuta), le osservazioni di M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 251: "ammettendo anche la possibilità di costituire enfiteusi su fabbricati (ipotesi analizzata in precedenza), è possibile la costituzione di un diritto di superficie su quanto già gravato da enfiteusi: in tal caso, quanto costruito in dipendenza del diritto di superficie (che si atteggerebbe in tal caso a diritto di sopraelevazione) costituirebbe "miglioramento" ai sensi dell'art. 960 c.c. Ciò nonostante, tale ultima fattispecie, teoricamente ammissibile in via di interpretazione, potrebbe peraltro rappresentare più facilmente strumento elusivo del divieto di subenfiteusi di cui all'art. 968 c.c."; L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 26 nega all'enfiteuta la facoltà di costituire il diritto di superficie, come anche A. Guarneri, *La superficie, artt. 952-956*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile commentato*, Milano, 2007, p. 50 (*contra*, G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 140).

[369] L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, pp. 54 ss.

potremmo dire anomala, e quelle altre forme alle quali fa esplicito riferimento il nuovo codice all'art. 952 codice civile[370].

Secondo tale impostazione, la categoria della proprietà separata sembrerebbe candidarsi a riassorbire quelle figure ambivalenti e di confine che non si adattano al ben definito regime del diritto di superficie fatto proprio dal testo del 1942. È la vocazione espansiva del diritto di superficie – rispondente a istanze sociali variegate di dissociazione giuridica dell'immobile che hanno tutt'altro che perso la loro attualità – che riemerge per quanto forte possa essere la (tuttavia ad oggi dominante) costrizione imposta all'istituto dalla più rigorosa dogmatica del nostro Codice. In ogni caso, il diritto italiano di adesso è lungi dall'offrire una teoria e una prassi consolidate che possano consentire un ampio utilizzo di strumenti di circolazione congiunta dei diritti di enfiteusi e di superficie, in un quadro di ragionevole certezza giuridica per le parti e per i terzi.

Altra differenza strutturale tra Francia e Italia risiede proprio nel diverso porsi del rapporto tra temporaneità e perpetuità, con il corollario in Italia del ruolo dell'affrancazione. Il divieto di nuove enfiteusi perpetue e la riscattabilità dei canoni perpetui per quelle già esistenti, immediatamente successivi alla Rivoluzione francese, hanno costituito nella storia dell'enfiteusi transalpina un elemento di rottura che non ha permeato a fondo il diritto italiano. In tema di enfiteusi, si è visto come l'istituto francese si ponga nel solco della tradizione anche più di quello italiano, ma si deve ora osservare come, a differenza che in Italia, se ne sia invece distaccato sul punto essenziale, confermato dal legislatore del 1902, dell'esclusione dell'enfiteusi perpetua, forma di dissociazione della proprietà ostile agli utilizzi moderni che della figura dell'enfiteusi possono essere fatti nel campo delle

[370] L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 32; si veda anche (p. 28) un'altra ipotesi contemplata dall'Autore: "È […] possibile concedere il diritto di superficie a persona che abbia sul fondo altro diritto reale (usufrutturario, usuario, enfiteuta, ecc.). Il diritto di superficie conserverà, anche in tali casi, la sua autonomia, anche se, necessariamente, consentirà l'esercizio sul fondo di facoltà di godimento più estese di quelle che il primitivo diritto reale permetterebbe di esercitare". A favore di un diritto di proprietà dell'usufruttuario e dell'enfiteuta sulle addizioni realizzate è pure G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 70-73.

costruzioni, i cui schemi operativi s'imperniano nella maggior parte dei casi proprio sul ritorno finale al proprietario del fondo migliorato. Questo elemento di arcaicità dell'enfiteusi italiana è temperato dall'amplissima facoltà di affrancazione dell'enfiteuta: un assetto, ancora rafforzato dalla legislazione sociale del XX secolo[371], che ha reso il rapporto precario, in ogni momento risolubile dal titolare del diritto reale con l'acquisto della piena proprietà, e in questo modo ancora più ostile a tutte le operazioni a cui nei contesti urbani francesi la locazione enfiteutica e le sue filiazioni successive si sono via via adattate. Tali figure presuppongono infatti la stabilità del rapporto, in un quadro convenzionale che regola precisamente e accompagna l'evolvere della relazione contrattuale tra le parti nel corso del tempo e che non si presta affatto a una cessazione di essa dipendente dalla mera volontà dell'enfiteuta, con tanto di acquisto finale del pieno dominio. Molto si allontana allora dall'esperienza francese quella italiana, evolutasi per permettere in via definitiva

> la nascita (o il riconoscimento) di una posizione giuridica paraproprietaria in capo al concessionario, senza ricorrere alla espropriazione del concedente (delle classi proprietarie). […] [I]l contratto incide sull'assetto del bene e permette al coltivatore di ridurre al minimo i condizionamenti, derivanti dalla *appartenenza* di questo ad altro soggetto, o di eliminarli del tutto, grazie all'esercizio del diritto potestativo di affrancazione[372].

Infine, le incertezze e la frammentazione del regime dell'enfiteusi italiana – o meglio, delle enfiteusi[373]: rustiche, urbane, precedenti o successive al 28 ottobre 1941, ecc. – conseguenti alla sovrapposizione ricorrente d'interventi legislativi di orien-

[371] Cfr. A. Germanò, *Affrancazione di canoni enfiteutici e di altre prestazioni perpetue*, in *Noviss. Dig. it.*, *Appendice*, I, Torino, 1980, p. 129: "l'istituto dell'affrancazione è ancora oggi emblematico della «presenza» dei pubblici poteri in agricoltura. Questo istituto, già utilizzato dal legislatore nell'attuazione della politica di eversione della feudalità, è ora usato come strumento di intervento nell'ambito dei contratti agrari e come veicolo di penetrazione dell'interesse pubblico nei rapporti fra proprietà, impresa e lavoro, nell'intento di offire all'imprenditore-lavoratore un mezzo per unire nelle sue mani proprietà ed impresa".

[372] L. Francario, *Nuove tecniche di intervento pubblico nell'economia: dalla tipizzazione alla trasformazione dei rapporti agrari*, in *Nuovo diritto agrario*, 1979, pp. 454-455.

[373] A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XLVII ed., Padova, 1999, p. 490.

tamento variegato e opposto e alla ripetuta opera censoria della Corte costituzionale sembrano aver dato il colpo di grazia alla fama di tale figura nel nostro diritto, con l'effetto non voluto di disincentivarne l'utilizzo per realizzare operazioni immobiliari complesse. Lo sviluppo dell'enfiteusi urbana è allora rimasto piuttosto carente[374], nella fragilità del relativo assetto normativo, anche conseguente all'intervento della Corte costituzionale, se non forse, in qualche caso, al fine di realizzare operazioni di aggiramento della normativa tributaria o successoria. Una frammentazione peraltro aggravata, in assenza di una vera e propria rottura rivoluzionaria a scandire la storia del Paese, dalla molteplicità di enfiteusi anche di molto precedenti al Codice del 1865 e d'istituti finitimi, solo confusamente regolati dalla legislazione successiva, perlopiù caduti nella dimenticanza generale e, dove ancora fatti valere o, qualche volta, riscoperti dopo lungo tempo da qualche zelante domino eminente, diffusamente percepiti come imposizioni ingiuste, pesi e gabelle odiosi riaffioranti da un passato oscuro per comprimere situazioni di appartenenza socialmente concepite come piene.

In definitiva, l'enfiteusi italiana è prima di tutto il prodotto d'intense lotte sociali e peccherebbe di superficialità il legislatore che volesse intervenire sulla materia senza conoscere questa storia: vicende di miseria, di sofferenza, di conflitto sociale e di anelito all'emancipazione dei coltivatori, solo a duro prezzo realizzatosi. Di tutto ciò non si può far tabula rasa; il modello francese, pur gravido di spunti interessanti, non può essere semplicemente riprodotto in Italia, e a ciò osta l'importanza nella nostra disciplina di regole come l'affrancazione, le cui

[374] Per un'interessante casistica di utilizzi italiani dell'enfiteusi, sia pure rari e datati, al difuori di contesti meramente rurali (per esempio, su uno stabilimento industriale o su un fabbricato destinato ad albergo), v. E. Giovanelli, *L'enfiteusi*, in *Proprietà e diritti reali*. I: *Proprietà – Beni – Multiproprietà – Superficie – Enfiteusi*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2011, pp. 702-703; spunti (finora scarsamente sviluppati) utili per un'auspicabile valorizzazione della figura dell'enfiteusi urbana in Italia possono cogliersi nelle affermazioni di *Cass. civ., sez. I, 27 luglio 1982, n. 4328, MFI, 1982, 903*, secondo cui l'obbligo di provvedere all'ordinaria e straordinaria manutenzione, nell'enfiteusi urbana, non coincide con l'obbligo di miglioramento, che ha per contenuto un qualcosa di più rispetto al mero mantenimento.

ragioni sociali non possono dirsi completamente esaurite e il cui venir meno minerebbe conquiste dall'importante valore simbolico e potrebbe comportare conseguenze drammatiche per tante famiglie che i tecnicismi di un diritto che non ha conosciuto una rottura rivoluzionaria lasciano titolari di una situazione giuridica che, pur percepita come una piena proprietà, tale può non essere per l'ordinamento positivo: e nelle nostre campagne queste situazioni sono meno rare di quel che si creda. Quanto all'autonomizzarsi di un'enfiteusi urbana, la stratificazione e la confusionarietà della normativa di riferimento hanno frenato tale tendenza a uno stato embrionale, comunque poco attrattivo per le esigenze del mondo delle costruzioni, nel permanere in ogni caso di un'ampia facoltà di affrancazione, solo parzialmente ridimensionata dal quadro giuridico più favorevole alla rivalutazione del canone (e, quindi, del capitale di affranco). Se l'enfiteusi si è sviluppata come ibrido in un "posto di mezzo tra la *venditio* e la *locatio*"[375], può osservarsi come in Italia si sia assestata nei pressi nel primo polo e in Francia del secondo. Un'altra strada, più interessante, può tuttavia essere consigliata dall'operato negli ultimi decenni del legislatore francese, che, riscontrando alcuni limiti del regime dell'enfiteusi, nella cui essenza percepiva però elementi di estrema attualità, ha trasposto questa essenza in nuove e più moderne figure, solo latamente modellate sulla vecchia, a partire dal *bail à construction*. Ecco, potrebbe allora suggerirsi anche al nostro legislatore di riprendere l'essenza dell'enfiteusi, liberata delle contingenze storiche che hanno compresso le potenzialità tecniche dell'istituto quale regolato dal Codice civile italiano, e trasporla in figure create *ex novo* – senza interferire con l'enfiteusi propriamente detta quale ancora esistente nel mondo rurale – rivolte alla realizzazione di esigenze contemporanee, da quelle della costruzione d'immobili a quelle, anche di rilievo pubblicistico, della realizzazione del diritto dei cittadini a un'abitazione dignitosa. Queste nuove figure potrebbero espressamente integrare, quando utile e proficuo per la realizzazione delle operazioni desiderate, l'attri-

[375] V. Simoncelli, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 332.

buzione anche di un diritto reale di superficie. D'altronde, anche al di là dei sistemi specificamente presi in considerazione nel presente studio, la dottrina comparatistica si è soffermata sull'attualità delle istanze sottese all'enfiteusi e sulla sua estrema adattabilità a rivestire della solida veste della realità, in materia di assetti immobiliari, contenuti convenzionali piuttosto variegati e soggetti alla necessità di revisioni periodiche; si sono dunque messi in luce gli usi importanti che ne possono essere fatti per consentire un più ordinato e collaborativo sviluppo urbanistico delle metropoli mantenendo la titolarità pubblica del suolo e la possibilità di processi decisionali maggiormente partecipativi che coinvolgano tutti i soggetti interessati[376]. Per sviluppare tali aspetti dei diritti reali oggetto di analisi, che ne confermano le potenzialità espansive nel mondo giuridico di oggi, più avanti nel corso della trattazione si osserverà in maggiore dettaglio come i legislatori francese e italiano si siano a loro volta serviti dei diritti reali di superficie e/o di enfiteusi anche per realizzare direttamente finalità d'interesse generale.

Sottosezione II. *Le locazioni reali e il modello di proprietà del* Code civil

Si è esposta nell'introduzione storica l'evoluzione della nozione francese di proprietà, dall'*Ancien droit* al *Code civil*, e nel corso della trattazione si è problematizzata l'attualità del concetto codicistico di proprietà, evidenziandone alcuni

[376] A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, pp. 385-389, nonché, più specificamente sull'esperienza olandese, v. p. 388: "Starting in 1896, the city of Amsterdam decided it would no longer transfer ownership rights on public land, but instead would only grant rights of *emphyteusis*. The city of Amsterdam publishes, and periodically revises, "general conditions" applicable to all *emphyteutical* rights. The "general conditions" include environmental parameters, use restrictions, and land use planning goals. They contain both mandatory rules and default rules. […] In addition to the "general conditions," the city, the developers, and community representatives discuss "special terms": fine-grained, project-specific rules that supplement or deviate from the default terms in the "general conditions." "Special terms" allow the city to control the details of the development project in a way that is not possible through traditional land use planning tools".

elementi di crisi. Si è osservata la funzione ambigua giocata nel modello francese dal diritto di superficie, rimasto fuori dal testo del 1804 ma, nella forma fluida che la sua non cristallizzazione in un testo consentiva, sopravvissuto nel diritto vivente con l'avallo della giurisprudenza. Nella sua accezione più ampia – comprensiva di fenomeni eterogenei di scomposizione spaziale, temporale ed economica delle utilità proprietarie del *dominus*, alcuni dei quali in alcune ricostruzioni più sofisticate sono differenziati dal diritto di superficie in categorie autonome come il diritto reale di godimento speciale – tale istituto ha allora da un lato scardinato il sistema, sostanziandosi in forme di aggiramento/neutralizzazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali; dall'altro, ne ha però consentito la salvezza, impedendo una sclerotizzazione che ne determinasse infine il crollo sotto il proprio stesso peso. Per meglio comprendere l'operare di questi meccanismi, sembra opportuno, alla luce di quanto osservato in merito alle locazioni reali, approfondire il discorso sulla crisi della proprietà nell'ordinamento francese, ciò che consentirà tanto di afferrare in pieno il ruolo profondo del diritto di superficie in tale modello giuridico, quanto di cogliere la portata delle prospettive di dialogo con il sistema di *common law* che possono derivare dalla messa in discussione di alcuni dei dogmi che caratterizzavano la teoria della proprietà in Francia, quanto, infine, di arricchire gli spunti di comparazione con il modello italiano, in cui si riscontrano e sono variamente affrontate molte simili problematiche.

A. *Locazioni reali, crisi del modello francese di proprietà e dialogo con la* common law

Nelle pagine precedenti, si sono approfonditi con un certo livello di dettaglio i meccanismi di funzionamento delle locazioni reali francesi, presentando da ultimo una panoramica dell'enfiteusi in Belgio e in Italia, per spiegare gli elementi di somiglianza e di diversità tra i sistemi, nello strutturare (o, al contrario, evitare) quel delicato punto di contatto esistente tra obbligatorietà e realità e, nella realità, tra superficie ed enfiteusi. Tale descrizione, nella sua necessaria lunghezza, ha consentito

di gettare uno squarcio di luce sull'operare concreto della superficie e dell'enfiteusi in Francia e di commisurarlo agli altri ordinamenti oggetto d'interesse. Servendosi delle nozioni appena assorbite, è ora tempo – prima di rimettere a fuoco l'operare della superficie sotto forma di proprietà di volumi – di allontanare lo sguardo per poter verificare l'effettivo dispiegarsi, nelle manifestazioni analizzate del diritto di superficie, di alcuni fenomeni generali retrostanti in materia di situazioni di appartenenza, accennati nella prima parte del testo. Si deve riprendere anche un altro filo introdotto nelle primissime pagine e ogni tanto riaffiorante: quello della comparazione *civil law-common law*, evidenziando il ruolo del diritto di superficie, sorta di jolly del sistema francese dei diritti reali, di fungere anche da ponte di dialogo con la *property law* d'oltremanica, facendo emergere tendenze comuni, a livello profondo, tra ordinamenti continentali e mondo del diritto di *common law*.

a. *Crisi della teoria dell'accessione immobiliare*

La teoria dell'accessione, quale frutto in massima parte dell'opera di Pothier, è stata recepita agli articoli 546 e seguenti del *Code civil* nella sua accezione più ampia, simboleggiata dalle proclamazioni degli articoli 546 – posto vicinissimo alla definizione di proprietà di cui all'articolo 544 – e 552. Per il 546, con funzione definitoria del "diritto di accessione", in generale, la proprietà di una cosa, sia mobiliare, sia immobiliare, dà diritto su tutto ciò che essa produce e su ciò che vi si unisce come accessorio sia naturalmente, sia artificialmente. L'articolo 552, che apre la disciplina dell'accessione immobiliare, come si è visto pretende di affermare l'onnipotenza proprietaria *usque ad sidera, usque ad inferos*. Tale ripresa della concezione romana del *dominium*, passata per il filtro dei romanisti e poi per quello dei giusnaturalisti[377], non manca di una consistenza quasi mistica, di ornamento e presidio di quella proprietà unitaria

[377] Sulla controversa genesi filologica del brocardo e concettuale dell'idea, v., *ex ceteris*, C. Tenella Sillani, *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, pp. 139 ss.

che, invece, le locazioni reali contribuiscono in maniera decisiva a disgregare. Ma, in maniera ancora più diretta e immediata, a sfasciarsi, con la prolificazione delle locazioni superficiarie, è proprio il castello di sabbia dell'accessione immobiliare. Già all'indomani della codificazione, la sua inamovibilità era stata messa in forse dal riconoscimento negli interstizi della disciplina codicistica di una residuale sopravvivenza del diritto di superficie; e autori lungimiranti avevano presto cominciato a domandarsi quanto la sua logica fosse soddisfacente, rispetto alla varietà e alla fluidità del mondo reale[378]. Pertanto oggi, con il dilagare di locazioni superficiarie differenziate, rivolte ciascuna a soddisfare esigenze variegate soprattutto di edificazione in aree urbane e metropolitane, anche con finalità d'interesse generale, nonché con la crescente diffusione anche della proprietà di volumi, in una Francia altamente urbanizzata i paradigmi della regola e dell'eccezione rischiano in prospettiva d'invertirsi e già la mitica teoria codicistica dell'accessione immobiliare è un vano miraggio, contraddetto dalla variegata realtà recepita nella prassi e in altri blocchi di legislazione speciale. La contemporaneità giuridica sembra dunque riconoscere elementi di ragione a quelle voci che si approcciavano con prudenza e scetticismo all'idea di una teoria unitaria dell'accessione[379]: è questa una sollecitazione che in Francia l'interprete di oggi e, nella prospet-

[378] Cfr. M. Planiol, *Note sous App. Paris, 8 févr. 1892*, in *D.*, 1892, II, 410: «L'accession est une règle à demi barbare qui remonte au droit primitif. Elle tranche d'une façon un peu brutale le conflit né de la fusion matérielle de deux choses appartenant à des propriétaires différents. On devrait saisir avec empressement l'occasion qui s'offre de régler ce conflit par d'autres principes et d'une manière tout à la fois plus scientifique et plus conforme à nos mœurs».

[379] V. P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951, p. 106: «dans notre droit, l'acquisition de propriété par accession, *avec les caractères qui lui sont reconnus*, n'est pas un mode d'acquérir qui va de soi. L'accession dans la conception traditionnelle est désuète et primitive, exorbitante de nos principes d'équité et de volonté; nous ne pouvons l'admettre que là où les textes, formellement, la consacrent. […] Pressés d'en terminer avec un chapitre qui ne les intéresse pas, poursuivis par une idée toute faite et un a priori qu'un siècle de plagiat juridique a érigé en dogme, bon nombre de nos auteurs font plier les textes quand ils les examinent et au mépris des erreurs, des lacunes, et des contradictions, les soumettent tant bien que mal à leur théorie préconçue qui n'est qu'une mauvaise répétition de formules latines».

tiva della realizzazione d'intenti di riforma, il legislatore di domani sono chiamati a tenere senz'altro in considerazione.

Già meno enfasi caratterizza le norme in materia di accessione del più recente Codice civile italiano, poste in posizione maggiormente discreta agli articoli 934 e seguenti, con una terminologia e una strutturazione delle regole meno vincolate alla necessità d'inscriversi in un blocco teorico monolitico, ammettendosi da noi finanche la cosiddetta "accessione invertita" (art. 938), al contrario della severa disciplina degli *empiètements*.

Difficile è, naturalmente, immaginare che la regola dell'accessione possa essere in generale messa in cantina, non soltanto per la sua importanza nei codici esistenti, ma anche per la sua effettiva rispondenza a logica e buon senso, quando intesa nel senso più stretto di ausiliarietà *in rerum natura*, o quantomeno come evidenza nel mondo delle relazioni economiche, di una cosa a un'altra, di cui deve seguire le vicende per avere un'esistenza e una funzione giuridica compiute; da questo senso esula però il ben più ampio utilizzo dell'accessione, quale confluito nella tradizione, come strumento tecnico di realizzazione di finalità di politica del diritto, come l'attribuzione di una costruzione al proprietario del suolo sottostante, eletto per ragioni politico-culturali bene socialmente preminente[380]. È allora il variare nell'economia e nella percezione sociale, nel corso del tempo, dei rapporti di preminenza tra cose, a mettere in discussione la visione dell'accessione immobiliare quale storicamente cristallizzatasi, rendendone probabilmente opportuno *in primis* un certo ridimensionamento e una certa relativizzazione, quando il suo operare appaia forzato oltre quanto necessitato da effettive circostanze oggettive, e comunque un adattamento, nel suo effettivo dispiegarsi, a questi rapporti di preminenza quali si presentano ai giorni nostri.

[380] Cfr., diffusamente, G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Parigi, 1969, pp. 501 ss.

b. *Proprietà unitaria, assoluta, esclusiva, perpetua?*

Si evidenzia, come in parte è stato via via fatto notare nel corso dell'esposizione delle diverse locazioni reali, la distanza di tali figure dall'idea di proprietà alla base della codificazione napoleonica, il cui testo del II libro rimane ancora largamente immutato e il cui individualismo proprietario non manca di risvegliare ciclicamente nuovi apologeti[381]. Attributi tradizionalmente associati alla visione della proprietà francese, che s'intendeva colare nello stampo del diritto romano, sono unitarietà, assolutezza, esclusività, perpetuità. Le locazioni superficiarie mettono in discussione tutti questi caratteri e, attraverso di essi, in definitiva l'identità stessa della proprietà nel diritto civile francese[382], da molto tempo seriamente oscillante[383] non solo nella più volatile sfera dei mobili, ma anche in quella degli immobili, presunta solida per eccellenza. Un altro indizio di questo processo si può per esempio riscontrare nella regolamentazione nel diritto francese, ancora abbastanza recente, dell'istituto della *fiducie*[384].

[381] Per una posizione radicale in tal senso, fondata sull'analisi economica del diritto, v. per es. H. Lepage, *L'analyse économique et la théorie du droit de propriété*, in *Droits, revue française de théorie juridique*, n. 1, 1985, pp. 91 ss.

[382] Cfr. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, p. 261: «Ce n'est pas la propriété immobilière qui est en crise, elle est au contraire en pleine expansion, c'est l'essence de la propriété du Code civil qui s'altère».

[383] Cfr. F. Zenati-Castaing, *Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires*, in *Les modèles propriétaires, actes du colloque international organisé par le CECOJI*, Poitiers, 2012, pp. 234-235: "Le paradigme que mettent au jour ces tendances nouvelles reste à définir, sinon à construire, pour mieux s'assurer de sa réalité et de sa vocation fondatrice. Très différent du modèle de la propriété moderne, il n'est pas celui d'une propriété individuelle mais d'une propriété collective, d'une propriété non pas unitaire mais, sans être hantée par le spectre de la féodalité, au besoin, simultanée, d'une propriété non pas omnipotente mais fonctionnelle et instrumentalisée, autant de caractères qui remettent en cause l'exclusivisme et l'individualisme de la propriété moderne. Surtout, cette propriété n'est pas homogène, car elle ne prétend pas, au rebours de la propriété moderne, sous le prétexte qu'elle serait inhérente à la nature de l'homme, être une. Elle s'adapte de manière pragmatique aux différents besoins d'appropriation".

[384] Cfr., con opinioni critiche proprio sugli effetti incerti dell'introduzione di questo istituto sulla nozione e sul regime francesi della proprietà, Ch. Gijsbers, *L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, in *Les piliers du droit civil: famille, propriété, contrat*, Parigi, 2014, pp. 152 ss.

Sempre meno unitaria[385], la proprietà del suolo accoglie quindi, nel contesto delle locazioni superficiarie, la concorrenza di altre prerogative reali molto diversificate – in una varietà di schemi contrattuali, più o meno flessibili, a cui è possibile attingere – in quanto variamente modellate dal quadro normativo e convenzionale per trovare al meglio il punto di equilibrio che soddisfa maggiormente le parti. Tale situazione proprietaria sul suolo finisce così per concorrere con le altre prerogative su di esso a formare un fascio di diritti non lontano da quello che caratterizza la nozione relazionale di proprietà di *common law*[386].

Tutt'altro che esclusiva, si tratta nei fatti di una configurazione dominicale aperta ad accogliere la convergenza su uno stesso fondo di diverse situazioni proprietarie, corrispondenti per certi versi a diverse porzioni, per altri versi a diverse utilità del bene, che si limitano vicendevolmente secondo l'assetto scelto dalle parti o impostato dal legislatore per loro stessa tutela o in vista di un interesse generale. L'espediente, specialmente proprio della teoria monista della superficie, di ricondurre il fenomeno delle locazioni reali al sistema codicistico traducendo questa sovrapposizione di situazioni dominicali su uno stesso immobile nell'esercizio di diritti di proprietà esclusivi su immobili distinti separati dal piano del suolo, resta, appunto, un espediente, costruito faticosamente negli interstizi di alcuni articoli del *Code*[387], senza

[385] V. G. Morin, *La révolte du droit contre le Code: la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Parigi, 1945, p. 107: "En résumé, dans la construction que nous proposons et qui nous paraît reposer sur le réel, il est des droits concurrents que celui du propriétaire qui s'exercent sur la chose de celui-ci"; pp. 107-108: "Cette idée romaine de la propriété unitaire qui avait disparu dans la conception chrétienne et féodale du domaine divisé devait se manifester à nouveau pendant les trois derniers siècles de l'ancien régime et triompher avec la Révolution et le Code civil […]. Remontant le cours des siècles, le droit contemporain l'écarte. Et c'est un fait historique de la plus haute importance".

[386] Cfr. Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montreal, 2017, p. 155.

[387] V. W. Dross, *Droit des biens*, II ed., Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 299: «Les juristes, marqués par des siècles de pratique contraire, ont cherché le moyen de rétablir une division pérenne des utilités de l'immeuble entre différents maîtres. L'outil conceptuel mobilisé à cette fin est excessivement simple : puisque le découpage économique perpétuel de l'immeuble est prohibé, il suffit de lui substituer un découpage corporel, matériel, de l'immeuble. Ainsi, chacun admet qu'on peut sans

poterne davvero trarre come auspicato una visione in grado di ricondurre a un sistema organico e coerente la moltitudine di figure sviluppate dapprima dalla prassi e poi dalla legge. Senza rinnegare la prospettiva della dissociazione giuridica dell'immobile spazialmente intesa, essa merita di essere arricchita e integrata di altri spunti, per una piena visione, in tutte le sfaccettature, dei fenomeni coinvolti.

Nel *bail emphytéotique*, l'enfiteusi, diritto reale su tutto il fondo, sembra fare da anello di congiunzione e intermediario tra il diritto personale del conduttore e il suo diritto di proprietario sulle costruzioni in quanto superficiario; nel *bail à construction*, questo livello di mediazione, quantomeno nella prospettiva dualista, non è più giustificato né necessario e il conduttore superficiario, in quanto tale, è direttamente anche proprietario della costruzione, immediata conseguenza del diritto di superficie che esercita sul suolo. Nelle figure di locazione reale più recenti, il diritto di superficie si risolve nell'attribuzione temporanea delle utilità dominicali, variamente combinate, di costruzione, di ristrutturazione, di godimento e di disposizione su dei locali che possono pure presentarsi come spazi all'interno di un edificio condominiale. È difficile negare il riaffiorare in queste situazioni di una sorta di doppio dominio, quello utile dotato di una valenza essenzialmente di sfruttamento economico, quello eminente essenzialmente giuridico, come situazione di diritto tutelata in attesa della sua riespansione fino a tornare un pieno dominio, ed entrambi i diritti portanti su uno stesso bene immobile[388]. Il graduale superamento teorico, nella coscienza giuridica, dell'illusoria ripartizione in un suolo e un soprassuolo tra loro indipendenti apre la strada a più consone chiavi d'interpretazione complessive del fenomeno del diritto di superficie, che – al di là della necessità testimoniata da molti giuristi francesi di una ricostruzione compatibile con un'apparenza di tenuta almeno provvisoria di un sistema risalente al 1804 – palesano

difficulté diviser un champ en deux parcelles distinctes afin de les céder à deux propriétaires différents».

[388] Per una rinnovata teoria della doppia proprietà, economica e giuridica, in tema di locazioni reali, cfr. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, pp. 191 ss.

il riemergere prepotente, in un nuovo contesto, delle strutture latenti della proprietà gemanistica, rimaste sommerse ma mai eradicate sotto la patina romanistica del *Code civil*[389]: si tratta proprio di quelle strutture che, ai nostri giorni, restano alla base dei sistemi di proprietà di *common law*.

Ancora, scalfite l'unitarietà e l'esclusivismo della proprietà, tanto meno si sorregge l'attributo di assolutezza e vediamo in atto, piuttosto, una proprietà relativa, flessibile, dinamica[390], patrimonialistica e ricalcata a ridosso degli assetti economici convenuti tra le parti, attribuendovi i benefici di solidità propri delle situazioni dominicali. Invece che il *dominium* incrollabile immaginato dai codificatori, autentico caposaldo etico della loro costruzione, si ha invece un istituto che, nella sua configurazione prima del diritto vivente e poi di segmenti sempre più numerosi e differenziati di legislazione speciale, riduce le distanze rispetto all'arcana e semifeudale *property* d'oltremanica. Anche il contestato quadro teorico dello smembramento degli attributi che compongono la proprietà appare superato da una più moderna e sofisticata ricostruzione delle situazioni di appartenenza, più attenta a leggerne le sfumature e la complessità, nel mondo postmoderno, che all'assai vano tentativo di legittimarne un'unitarietà concettuale di fondo.

Infine, il fronte d'attacco alla proprietà codicistica non risparmia neanche il suo attributo di perpetuità: che altro, se non l'idea di un'attribuzione temporanea della proprietà della costruzione a un conduttore, denotano proprio le locazioni superficiarie[391]? Anche nella dottrina italiana, malgrado alcune

[389] V. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, p. 249: «La longue résistance des propriétés coutumières révèle, au moins, que les formes de l'appropriation foncière ne se décrètent pas. Il a fallu un demi-siècle pour que l'exclusivisme s'impose; et bientôt après, le législateur retrouvera lui-même, pour la copropriété bâtie, les vieux mécanismes des propriétés simultanées».

[390] Cfr. M. Xifaras, *La propriété: étude de philosophie du droit*, Parigi, 2004, p. 484: «Dans la propriété réservataire, en effet, la propriété porte sur l'activité même du propriétaire, et non sur la chose qui reste toujours, quant à son essence, en deçà de toute appropriation réelle, à l'instar des idées dans le droit d'auteur ou de la terre dans la saisine coutumière».

[391] V. B. Mallet-Bricout, *Baux réels et solidarité*, in *RTD civ.*, 2016, p. 949: «La catégorie des droits réels sur la chose d'autrui vient ainsi s'ouvrir à de nouvelles figures juridiques qui, peu à peu, renforcent l'idée selon laquelle la propriété, exclusive et

resistenze[392], si è osservata l'attitudine strutturale della superficie a tempo determinato, al pari del legato a termine, a dar vita, al di fuori dell'ambito delle proprietà intellettuali, a un diritto di proprietà temporaneo, pienamente sancito dallo stesso dettato codicistico[393], più moderno di quello francese e aperto ad

perpétuelle, ne serait peut-être plus le modèle-phare de l'usage et de la jouissance des biens. À tout le moins, ce modèle est-il concurrencé par des mécanismes innovants, qui révèlent la créativité du législateur et de la jurisprudence, par une approche un brin pointilliste en ce qu'elle procède par évolutions successives dans un domaine, le droit des biens, qui mériterait sans doute une réforme d'ampleur. Au cœur de ces évolutions semble apparaître en contrepoint la notion d'affectation (V. not., L'affectation en droit privé/Affectation in private law, RJTUM, 2014, n° 48-2), tant en ce qui concerne les droits réels de jouissance spéciale, dont l'affectation est choisie librement par les parties, que les récents baux réels immobiliers, dont l'affectation est déterminée par le législateur sur des motifs sociaux-économiques».

392 V. F. De Martino, *Della proprietà*, in *Libro terzo, della proprietà, art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 124, nota 3; A. Di Majo, *Termine (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 195.

393 A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 230; alla pagina successiva, l'Autore osserva che "assunto che il tratto della perpetuità descrive direttamente una caratteristica attinente alla circolazione dei titoli di proprietà, ed indirettamente indica il raccordo tra durata del titolo di proprietà e durata del bene che ne sia l'oggetto, si deve considerare che sotto questi profili le forme di proprietà non perpetua, ossia temporanea, pongono unicamente problemi attinenti alla loro conformazione, nel senso che debbono essere dotate di idonei incentivi o disincentivi che le indirizzino in senso non predatorio"; cfr. U. Mattei, *I diritti reali, 2. La proprietà*, II ed., in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2015, pp. 254-255: "le ragioni economiche, che militano di regola a favore della perpetuità e i, potenzialmente costosi, problemi di coordinamento fra diversi proprietari temporanei richiedono cautela e grande chiarezza, nei rapporti tra perpetuità e temporaneità delle situazioni dominicali. In via generale, dunque, ed in ossequio di tali considerazioni e dell'obbiettiva complessità e varietà problematica, ci sembra che si possa vedere come principio generale quello della perpetuità della proprietà, salvo che la temporaneità non sia espressamente prevista in deroga al principio dalla legge o da un accordo fra le parti, conoscibile ed opponibile ai terzi. Naturalmente, la generosa ammissibilità della proprietà temporanea comporta qualche riflessione sui rapporti intertemporali tra i proprietari. […] [Il proprietario temporaneo], proprio come un proprietario «perpetuo», può compiere soltanto quelle scelte idiosincratiche, delle quali può sopportare i costi. Nulla più e nulla meno. Il proprietario temporaneo, tuttavia, resta pienamente sovrano della scelta che pone in essere, purché tale scelta sia interna al proprio diritto ed egli ne internalizzi i costi"; per il dibattito italiano in tema di proprietà temporanea, v. anche, *ex ceteris*, M. Allara, La *proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, 1930, I, pp. 69 ss.; A.C. Pelosi, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975; N. Di Prisco, *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979; R. Caterina, *Usufrutto e proprietà temporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, pp. 715-755; A. Scacchi, *La proprietà temporanea*, Milano, 2005; *Cass. civ., sez. II, 10 agosto 1963, n. 2278, Il foro it., 1964, I, 329*.

approcci più laici nei confronti del monolito dominicale. Come si è visto, questo carattere di proprietà temporanea è stato anzi messo in evidenza proprio dai commentatori delle due ultime locazioni reali, immobiliare e solidale, con il già citato articolo L254-1 del Codice della costruzione dell'abitazione che vi fa espresso riferimento, citando la possibilità di un accesso temporaneo alla proprietà degli alloggi. Ma anche prima dell'introduzione recente di queste figure, in bilico tra diritto privato e disciplina giuridica delle politiche sociali, gli autori già osservavano con riferimento al *bail à construction* il suo contenuto peculiare intrinseco di veicolare una forma di proprietà a tempo[394], pur forse sottovalutandone la portata dirompente, riducendola a un'eccezione al sistema piuttosto che farne un elemento di sua profonda messa in discussione in un modello produttivo in cui l'accesso dinamico al bene per il periodo di utilità conta assai più che la sua titolarità statica. Anche qui, sorprende la vicinanza con la frazionabilità nel tempo dei *property rights* di *common law*, come se si trattasse di una sorta di abbozzo di quegli *estates* che si succedono in una scansione temporale predeterminata, in virtù di cui

> two or more people can have 'ownership' rights over land at the same time, albeit that only one of them is entitled to the immediate physical possession of the property. This is the law relating to *successive* co-ownership of land, being where one person has an interest in the land […] and another person, or persons, have rights that 'fall into' possession after the '[…] interest' has ended[395].

In effetti, come si è osservato e come si approfondirà nel prosieguo, non a caso lo strumento tecnico di cui si è servito

[394] V. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 167: « La combinaison d'un bail et d'un droit de superficie apporte une exception sans doute unique à la perpétuité de la propriété. Une distinction très ferme doit en effet être marquée entre la propriété à temps et les clauses, conditions et modalités de toutes sortes qui, affectant l'acte translatif, obligent le propriétaire à mettre un terme à sa possession. Dans notre cas, un contrat qui, à proprement parler, est constitutif du droit de superficie, l'établit pour une certaine durée seulement. Dans les autres, la perpétuité du droit n'est pas atteinte par les engagements qui accompagnent le contrat qui le transfère »; cfr. P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 157.

[395] M. Dixon, *Modern Land Law*, VIII ed., Londra, New York, 2012, p. 192.

il legislatore francese per recepire nel proprio ordinamento la proprietà temporanea quale prevista dagli schemi di *community land trust* di *common law* è stata proprio la struttura di una locazione reale/superficiaria, ricalco e adattamento di figure da lungo tempo preesistenti, su cui il trapianto non è stato particolarmente difficile proprio perché avveniva su un terreno già fertile. Le locazioni reali sono allora ben più che delle rare, bizzarre eccezioni ai principi del diritto dei beni francese: ne sono al contrario una punta avanzata nel XXI secolo e nella direzione di un dialogo con il mondo giuridico di *common law*; sono un riaffiorare in forma postmoderna di elementi della struttura germanistica della proprietà, confluita nella tradizione di *ius commune*, piegata ma non spezzata definitivamente dai rivoluzionari del 1789 e dai codificatori del 1804 e oggi disponibile a fare da ponte con quel mondo giuridico d'oltremanica che si caratterizza proprio per un'evoluzione in continuità con la sua fase feudale di cui ha conservato l'impalcatura. E, se non tutta l'impalcatura, probabilmente almeno un po' di fondamenta di quell'edificio giuridico erano rimaste in piedi anche nel continente, così come si apprende nella storia dell'arte di edifici tirati in alto sulle fondamenta di altri esistenti da lungo tempo, che a loro volta si reggono su altre basi precedenti e così via.

Per usare le parole di una nota trattazione francese di storiografia giuridica,

> durant les dix siècles d'existence du droit français ont coexisté deux conceptions de l'appropriation de la terre, il faudrait dire, plus justement, deux cultures juridiques de la propriété du sol. L'une, venue de la pratique, jouissance des possibilités de l'immeuble, appropriation ouverte sur le groupe, alourdie de contraintes sociales, privilégiant la mise en valeur sur la maîtrise de la matière et partageant les utilités d'un même fonds entre plusieurs parties prenantes solidarisées sur l'immeuble. L'autre, doctrinale et législative, isolant dans un rapport exclusif le propriétaire et la terre, soudant toutes les utilités de l'immeuble, ses plus-values, ses accessoires, le dessus et le dessous, entre les mains d'un seul et par là fortement associée à l'idée de liberté et d'efficacité. Ces deux conceptions se sont, pendant des siècles affrontées et heurtées violemment sur le terrain et dans les idées. Parce qu'elles ont été, l'une et l'autre, volontairement confondues et systématisées par la doctrine sur les fondements identiques d'un droit romain sollicité parfois jusqu'au contresens […]. Elles ont toujours, l'une et l'autre, revendiqué et utilisé le même mot, «propriété», pour désigner deux types

de maîtrises opposées, l'une organisée sur la solidarité, l'autre sur la liberté. […] Au XXe siècle, le législateur retrouve le mécanisme des propriétés simultanées et l'esprit de l'appropriation coutumière, sous la pression des nécessités, pour une utilisation plus efficace de l'immeuble[396].

c. *Locazioni reali francesi e* leasehold estate *di* common law

Un recentissimo studio comparativo, occasionato proprio dall'ingresso nel sistema francese dell'esperienza di *housing* sociale del *community land trust*, di cui si dirà, ha contribuito a mettere in luce le affinità non solo apparenti tra locazioni reali francesi e *leasehold estate*, facendo emergere la natura ibrida e ambivalente di quest'ultimo:

The landlord – tenant relationship offers an example of the ease with which English land law deals with the simultaneous allocation of different quantums of property in relation to the same piece of land. The tenant (or leaseholder) enjoys physical possession and occupation of the property against payment of a rent, while the landlord (or freeholder) owns the reversion expectant on the lease and receives the rent and profits. For this reason it is argued that the 'principal purpose of the lease (and a vital feature) is to achieve a division of interests, or a split in the ownership, in the property as a whole'. […] Although the proprietary nature of the lease is now accepted, its contractual nature persists in modern law. While in its most basic form the lease is 'a contract for possession only', which 'involves no more than the grant of land for a time to the tenant', modern leases are 'contracts for possession "plus"', which have come to contain many other promises beyond the grant of land to the tenant. As Luxton observes, through the lease it is possible to 'impose on the parties a whole range of covenants which can result in the common law incidents of estate being overwhelmed'. This does not mean, however, that the lease has lost its proprietary character and become contractual in nature; on the contrary, the lease shows a hybrid nature – 'part contract, part property' – and, as such, both ordinary contract law rules and property-based rules apply. In particular, despite the fact that covenants are contractual promises, the law recognises their 'enforceability' based on the proprietary nature of the lease. This results in both negative and positive covenants being enforceable not only against the current landlord and tenant but also against subsequent assignees, even though they are not in a contractual relationship. Thus,

[396] A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, pp. 272-273.

through a combination of proprietary and contractual elements, the lease achieves far more than a division of property between the parties and it constitutes 'an effective way of maintaining control over land through the medium of covenants'[397].

In effetti, l'estrema duttilità del *lease* d'immobile, asceso tempestivamente alla sfera della realità senza tagliare i legami con la dimensione contrattuale, in un regime generale delle situazioni di appartenenza fortemente astratto e slegato dai dogmi della materialità, sembra prevenire a monte con una certa spontaneità una serie di difficoltà che il sistema proprietario di matrice romanistica, tradizionalmente corredato dell'implacabile teoria dell'accessione immobiliare, frappone alle esperienze di dissociazione giuridica dell'immobile, costringendo i giuristi alla ricerca di soluzioni traverse per far fronte alle esigenze degli attori economici. Sicché, proprio per realizzare i bisogni sociali della pratica, l'evolvere anche nei modelli continentali di forme di scomposizione dei titoli di appartenenza sulle frazioni dell'immobile obbliga la comunità dei giuristi a fare ricorso a soluzioni che attingono a esperienze comuni con il mondo di *common law* e ricreano legami tra le due tradizioni giuridiche occidentali che, a prima vista, sembravano essere stati troncati con l'età delle codificazioni. Senza cadere in appiattimenti semplificatori delle differenze pur esistenti, può osservarsi come, tanto nel mondo di *civil law* quanto in quello di *common law*, una parte (più ampia nel mondo di *common law*) delle istanze di dissociazione giuridica dell'immobile sia risolta sul terreno della locazione o del *lease*, sfruttandone nei diversi sistemi giuridici la natura malleabile e la posizione ibrida, frutto di differenti vicissitudini, tra sfera della realità e sfera della personalità, che nella *common law* si manifesta con una certa naturalezza, mentre nel sistema francese ha richiesto di essere esaltata col modellare, a ridosso dei bisogni manifestati dalla pratica, una serie di figure di *baux* eccezionali, di diritto speciale, di volta in volta recepiti o concepiti dal legislatore dando luogo all'ampia e variegata categoria delle loca-

[397] F. Bettini, *Long Leases and Affordable Housing: A Comparative Analysis of French and English Law*, in B. McFarlane, S. Agnew (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, vol. 10, Oxford, Portland, 2019, pp. 231-232.

zioni reali. Nella dottrina comparatistica si è iniziato a identificare nel *leasehold estate* di *common law* un possibile equivalente funzionale dell'enfiteusi o del *bail à construction* di *civil law*[398]. Comunque, anche nella *common law* esistono alcune specifiche forme e manifestazioni del *leasehold* che realizzano la funzione edificatoria in maniera più immediata e mirata. In Inghilterra si può per esempio citare il tradizionale strumento del *building lease*, soprattutto praticato nei periodi vittoriano e di Edoardo VII[399], ma si presenta oggi di maggiore diffusione e attualità, nell'uso dei contratti commerciali negli Stati Uniti d'America, il *ground lease*. Proprio come il francese *bail à construction*, si tratta di uno schema contrattuale modellato per i bisogni di opere di edificazione di una certa consistenza in spazi urbani e metropolitani, che, sia pure già conosciuto in precedenza, ha avuto una grande diffusione nella pratica sin dalla prima metà del ventesimo secolo con l'espansione delle città americane. Attraverso di esso, il titolare del suolo concede lo stesso a un *lessee* perché questo ne possa pienamente godere, in cambio dell'assunzione di tutti gli obblighi che, altrimenti, spetterebbero al proprietario del

[398] V. Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montreal, 2017, p. 295; per un paragone tra diritto di superficie e *lease* di lungo periodo, cfr. gli spunti di U. Grassi, *Il diritto di superficie come diritto «derogatorio»: questioni in tema di possesso*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, p. 1141.

[399] Cfr. E.H. Burn, *Modern Law of Real Property*, XV ed., Londra, 1994, pp. 489-490: "This usually involved an agreement between a landowner and a speculative builder. The builder would enter upon the land and put up houses. When the houses were completed, the landowner would let them to the builder on long leases. Ninety-nine years was a common period. The leases would reserve a rent representing the value of the site as building land but ignoring the value of the houses, which the builder had erected at his own expense. It was therefore called a "ground rent". The landowner would thus obtain an immediate enhanced return on his land and the somewhat distant prospect of the reversion in the houses when the leases came to an end. The builder would make his profit by selling the leases to individual purchasers for capital sums. Or sometimes the landowner would grant the leases directly to individual purchasers nominated by the builder, in return for payment of a capital sum to the builder and the reservation of a ground rent for himself. In all these cases the main object of the builder was to take his profit and disappear from the scene, but more recently some developers of residential estates have chosen to grant long leases rather than sell freeholds in order to retain control over the management of the estate. Positive covenants are easier to enforce against tenants than against freeholders and the expiry of all leases simultaneously would allow the landlords to undertake a comprehensive redevelopment".

fee e di una rendita convenuta[400]; spesso, le clausole di un tale contratto contengono specifiche previsioni in tema di pagamento di tasse, assicurazioni, manutenzione e riparazioni, ricostruzione in caso di distruzione, *sublease*, potere d'impegnare attraverso *mortgage* le situazioni di natura reale delle parti contraenti e obbligo di miglioria del *lessee* sotto forma di realizzazione delle costruzioni[401]. Tale schema contrattuale, fiscalmente vantaggioso rispetto a una semplice cessione del *freehold estate*, si presenta idoneo a garantire al proprietario del *fee*, persona fisica o giuridica, un investimento che assicura allo stesso – e magari, se persona fisica, ai suoi eredi, al fine di provvedere per la propria famiglia anche in vista della vicenda successoria – la stabilità di un reddito con cadenza annuale e alla fine, salvo il caso in cui sia concessa al *leaseholder* un'opzione di acquisto della situazione di appartenenza più piena, il ritorno della libera disponibilità di un suolo impreziosito dai miglioramenti apportati e dalla probabile crescita ulteriore di valore nel corso del tempo dei terreni urbani[402]. Anche in contratti di lunga durata, il *lessee* non è rimborsato del costo di costruzioni e migliorie a meno che non sia così specificamente convenuto tra le parti; è anzi frequente l'espressa previsione che tali cose diventino proprietà del *lessor* senza compensazione allo scadere del termine[403]. Speculare al

[400] Sulla revisione periodica di tale *rent*, la cui accurata predisposizione risulta vitale in questo schema contrattuale di lungo periodo, in presenza di fenomeni come l'inflazione e importanti aumenti di valore dei suoli urbani, cfr., con attenzione alla pratica delle clausole contrattuali e al non infrequente contenzioso in sede di arbitrato, J.D. Whalen, *Reappraisal of Ground Lease Rentals*, in *Probate & Property*, 2016, vol. 30, n. 3, pp. 44 ss.; J. Stein, *The Most Important Issue in Every Ground Lease*, in *N.Y. Real Property Law Journal*, 2014, vol. 42, n. 1, pp. 17 ss.

[401] *Comment. The Long Term Ground Lease: a survey*, in *Yale Law Journal*, 1939, vol. 48, p. 1400, nota 3.

[402] *Comment. The Long Term Ground Lease: a survey*, in *Yale Law Journal*, 1939, vol. 48, pp. 1402-1403; v. anche S.H. Johnson, T.S. Jost, P.W. Salsich Jr., T.L. Shaffer, *Property Law: Cases, Materials and Problems*, in *American Casebook Series*, St. Paul, 1992, pp. 609-610: "another technique is the long term ground lease, with or without an option to purchase at the end of the term. The ground lessee obtains long term control, which in many cases is the practical equivalent of a fee interest, and finances the acquisition of control through the periodic payments mechanism of the long term lease"; cfr., diffusamente, J.D. Whalen, *Commercial Ground Leases*, III ed., New York, 2013.

[403] A.J. Casner *et alii*, *American Law of Property: a Treatise on the Law of Property in the United States*, vol. I, Boston, 1952, p. 356.

ground lease è il *mining lease*, che conferisce al *lessee* il diritto di svolgere attività minatoria asportando minerali nei termini convenuti, ma senza acquistare la proprietà degli stessi finché non sono estratti[404].

Si vedrà nel prossimo capitolo come altre ancora di queste istanze di separazione dei titoli di appartenenza su volumi virtualmente sovrapposti incontrino a loro volta soluzioni in diversa misura convergenti tra gli ordinamenti dei due principali sistemi della tradizione giuridica occidentale, da un lato articolando variamente il modello del condominio, dall'altro permettendo o negando altre forme di attribuzione in proprietà distinta dei titoli dominicali su spazi sovrapposti, sotto la forma postmoderna di proprietà di volumi o di *flying freehold*, senza il ricorso a una locazione o a un *lease* sul suolo a fondare o quantomeno a colorare la situazione giuridica del proprietario volumetrico, a differenza delle ipotesi che si sono esaminate nelle pagine precedenti.

B. *Dalla proprietà limitata alla proprietà conformata*

Emergono dalla dottrina italiana riflessioni di estrema utilità per inquadrare i fenomeni in discorso. A loro volta debitrici in misura non indifferente delle elaborazioni francesi in tema di funzione sociale della proprietà e discipline legislative dei poteri del *dominus*[405], le riflessioni di Pugliatti si dimostrano di estrema attualità e pregnanza, a partire dalla lettura di un diritto di proprietà che è "come diritto, una creazione della legge; questa, nel foggiarlo e nel definirlo, obbedisce ad esigenze d'indole generale; tali esigenze si riflettono inevitabilmente in quello"[406]. Lasciatasi alle spalle, come presto avrebbe fatto il nuovo Codice

[404] J.D. Reitzel, R.B. Bennett, Jr., M.J. Garrison, *American Law of Real Estate*, Mason (Ohio), 2002, p. 585.

[405] V. in particolare L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, II ed., Parigi, 1932, pp. 785-786; L. Josserand, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, in *Mélanges juridiques dédiés à M. Sugiyama*, Tokyo, 1940, pp. 95 ss.

[406] S. Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 4.

civile italiano, l'assolutezza del diritto di proprietà[407], nel vigore del testo del 1942 e della Costituzione nel frattempo sopravvenuta – il cui articolo 42 recepisce espressamente la funzione sociale della proprietà ponendo la stessa come uno scopo che il legislatore è chiamato a perseguire in materia dominicale – l'Autore giunge quindi alla più profonda critica della sua stessa unitarietà concettuale di fondo[408], divenuta irreperibile dietro la molteplicità di manifestazioni, secondo il bene che ne è oggetto e la relativa disciplina: e a tale conclusione egli giunge dopo una lunga e variegata rassegna delle esperienze di proprietà collettiva presenti nel nostro ordinamento, costruite intorno all'idea di un qualche scopo comune che supera i singoli interessi. Di queste forme di proprietà collettiva, che negano l'altro canone dell'esclusività dominicale, l'Autore afferma la diffusione e la vitalità invece che il carattere di reminiscenze del passato, nell'attualità di molti interessi sociali da esse effettivamente realizzati, senza dimenticare il ruolo importante della proprietà pubblica, articolata intorno a un pubblico interesse, e delle molteplici possibili modalità d'innesto del pubblico interesse sul ceppo della proprietà privata, orientandone l'attività di godimento a finalità d'interesse generale, spesso sotto il controllo di pubbliche amministrazioni, con l'effetto di una scissione tra proprietà sostanziale e formale[409]. La proprietà unitaria, in crisi, si fa allora sempre meno stabile e più mutevole, disintegrandosi in schemi autonomi e contingenti, con uno sganciamento anche

[407] V. in particolare S. Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, pp. 49-52. Su un'erosione del contenuto del diritto di proprietà, a fianco di un'erosione della sfera riservata alla proprietà individuale, v. F. Vassalli, *Il diritto di proprietà (relazione al primo congresso giuridico italiano)*, Tivoli, 1932, mentre, secondo un orientamento più tradizionale (F. De Martino, *Della proprietà*, in *Libro terzo, della proprietà, art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 125), "le differenze dipendono dal diverso contenuto economico-sociale, non già da diversa struttura giuridica: dal lato del contenuto del diritto la proprietà agraria non è diversa dalla proprietà urbana o dalla proprietà aziendale".

[408] Sul tema, v. anche P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 20 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 466 ss.

[409] S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, *passim*.

dal canone della perpetuità[410]. Riconosciuto ciò, l'accento del discorso proprietario si sposta sempre più dal riconoscimento di singoli e specificati limiti a un sottostante *dominium* dalla naturale vocazione espansiva – quali, tutto sommato, accolti anche dai commentatori ottocenteschi e dalle visioni contemporanee più tradizionaliste – alla sua stessa dissoluzione in una serie di figure normativamente conformate secondo l'equilibrio d'interessi sociali di volta in volta selezionato dal legislatore[411] nell'attuazione di un disegno costituzionale socialmente orientato.

Tanto in Italia quanto in Francia, la regolamentazione urbanistica (ma anche quella tributaria) dello *ius aedificandi*, su cui si sono già fatti brevi cenni espositivi e su cui si tornerà in relazione al contratto di cessione di volumetria edificabile, costituisce un elemento importante di conformazione giuridica della proprietà immobiliare, vincolando l'utilità del fondo caratterizzata solitamente dal più notevole valore economico alla soddisfazione di una serie d'interessi di natura sovraindividuale, o almeno alla compatibilità con essi, in relazione tanto alle necessità di un armonioso sviluppo dei centri urbani e di un'equa ripartizione dei suoi costi, quanto a quelle di un riassorbimento sociale delle consistenti – talvolta esorbitanti – esternalità positive conseguenti alla titolarità di aree edificabili in zone di espansione edilizia[412]. Senza la pretesa di poter affrontare esau-

[410] V. S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 308: "In diversi settori e da diversi punti di vista si nota, dunque, persino instabilità e trasmutabilità della proprietà: contingenza, in altri termini, dell'istituto, già rivelatasi nella disgregazione che ne ha minato la compagine, e va sostituendo all'unico schema saldo e compatto, una serie di schemi più o meno autonomi l'uno rispetto all'altro. Contingenza che è indice di crisi, e che assume vari altri aspetti, anch'essi significativi, attinenti al carattere della temporaneità che si va profilando in ipotesi particolari, al posto di quel carattere di perpetuità, che si riteneva essenziale all'istituto".

[411] Riferendosi proprio al diritto di superficie, nella sua peculiarità, come esempio di moltiplicazione dei regimi giuridici proprietari, v. G. Piazza, «Jus ad aedificandum» ed acquisto della proprietà superficiaria, in *Studi in onore di Leonardo Coviello*, Napoli, 1978, p. 354.

[412] U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, pp. 276-279; con riferimento alle più recenti evoluzioni del diritto italiano, l'Autore osserva peraltro criticamente (pp. 278-279) che "il legislatore nel corso degli anni ha trascurato la disciplina urbanistica e, analogamente, la dottrina civilistica ha rinunciato a coltivare un proprio punto di vista sui temi legati a questa

rientemente in questa sede la *vexata quaestio* dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà ovvero della separazione da esso in favore della collettività, nonché quella della natura del permesso di costruire come interesse soggettivo oppure come interesse legittimo[413], appare interessante menzionare quelle voci che, nella dottrina francese, prendendo le mosse dall'evoluzione del mondo immobiliare urbano rispetto alla nozione di proprietà fatta propria dai codificatori – e dalle oggettive necessità di una sua radicale conformazione, pena il suo venir meno come paradigma organizzatorio del sistema delle regole di appartenenza – risolvono la tradizionale estensione della proprietà allo spazio sovrastante (e sottostante) il suolo nella semplice possibilità di sfruttarne l'utilità edificatoria, limitatamente allo spazio effettivamente utilizzabile, dipendente non soltanto dalle capacità tecniche, ma soprattutto dall'ampiezza del diritto di costruire ottenuto in conformità alla normativa urbanistica[414]. In tale prospettiva, si darebbe luogo a un assetto equiparabile a quello del demanio pubblico per lo spazio sovrastante (e sottostante) quello legittimamente sfruttabile a fini

materia, lasciandone la trattazione al solo diritto amministrativo".

[413] Per una panoramica del dibattito italiano, v. N. Centofanti, *Diritto di costruire, pianificazione urbanistica, espropriazione*, t. I, II ed., Milano, 2010, pp. 47-53; A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 312-314, pp. 326-327; dell'ultimo Autore, v. anche, in un'analisi storica e comparatistica, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975; in Francia, cfr., *ex ceteris*, H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 387 ss., in part. pp. 387-388: "Le droit de construire est traditionnellement considéré comme un attribut du droit de propriété. Il devient, dans notre théorie, une prérogative octroyée par un acte administratif. Le propriétaire du terrain ne bénéficie, selon nous, que du droit de solliciter l'autorisation de bâtir. […] Le maintien du droit de construire comme attribut du droit de propriété est la conséquence logique du refus de lui reconnaître une valeur financière propre. La portée juridique du droit de construire dépend étroitement de sa portée économique. L'étude de la première suppose donc, au préalable, celle de la seconde".

[414] V. H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, p. 399: "La propriété du dessus se confond, en pratique, avec l'espace que le maître du sol est susceptible d'utiliser. Elle dépend de l'ampleur du droit de construire que ce dernier peut espérer obtenir", p. 401: "Le propriétaire ne possède donc pas la propriété abstraite du cube d'air situé au-dessus de son sol. Il bénéficie simplement du droit d'y construire"; cfr. C. Saint-Alary-Houin, *Rapport français (droit civil)*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLI, 1990, *La maîtrise du sol (journées camerounaises)*, Parigi, 1992, pp. 487 ss.

edificatori[415], in un'ottica di conformazione della proprietà non solo astrattamente economica, ma anche in senso concretamente spaziale.

La costruzione teorica pugliattiana, fondata sugli elementi di disgregazione della proprietà classica quali già si evidenziavano nel mondo giuridico dei suoi tempi, sembra anticipare precisamente ciò che vediamo all'opera con le locazioni reali d'oltralpe, pur in presenza di un *Code civil* più gelosamente abbarbicato all'eredità del diritto romano: in effetti, queste figure contrattuali si sono sviluppate in Francia al suo esterno, nel solco della tendenza contemporanea allo spostamento di blocchi sempre più consistenti di disciplina al di fuori dei tradizionali codici, in legislazioni speciali poi quasi sempre riorganizzate in codici specialistici di qualche specie. Lontana dai canoni e dai dogmi che si evidenziano nello schema concepito dal legislatore del 1804, la proprietà quale si prospetta nelle locazioni superficiarie si presenta modellata dinamicamente a ridosso dell'equilibrio convenzionale voluto dalle parti o dell'interesse superiore che il legislatore ha voluto tutelare. Sono così inconsapevolmente ripresi aspetti della concezione collettivistica degli assetti proprietari medievali, scomponendo e distribuendo con più o meno ampia libertà fra i soggetti le prerogative dominicali, con spazi di manovra via via più ristretti man mano che nello schema trova posto anche o soprattutto la realizzazione d'interessi di natura generale, dalla limitazione delle speculazioni edilizie, alla gestione e valorizzazione del demanio pubblico, fino alla soddisfazione diretta di diritti sociali. Dunque, una proprietà conformata di volta in volta dalla funzione dello schema preso in considerazione[416]

[415] H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, p. 405; l'Autore propone conseguentemente (p. 410) un'esplicitazione di tale sistema, con una modifica dell'art. 552 del *Code civil* che recepisca la fissazione di limiti verticali, in altezza e in profondità, del diritto di proprietà in funzione del diritto di costruire conferito al padrone del suolo in conformità alla legislazione urbanistica.

[416] V. H. Périnet-Marquet, *L'immeuble et le Code civil*, in *1804-2004, le Code civil: un passé, un présent, un avenir*, Parigi, 2004, pp. 406-407. In termini generali, sulla finalizzazione della proprietà nel diritto contemporaneo, cfr. B. Mallet-Bricout, *Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité*, in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 2014, vol. 48, n. 2,

e dalla durata temporale necessaria al suo dispiegarsi. Il tutto, innestando, come si vedrà, elementi normativi anche di disciplina delle politiche abitative e delle proprietà pubbliche sui tronconi dei tradizionali istituti civilistici dell'enfiteusi e della superficie, che nel XIX secolo apparivano come le ultime reminiscenze delle stroncate proprietà collettive di matrice germanica medievale. Non casualmente si è osservato un filo solido di continuità fra i tradizionali diritti di superficie e di enfiteusi e le più recenti locazioni reali, volte al trasferimento delle possibilità edificatorie, facendo dell'istituto della superficie un tramite fra la tradizione giuridica europea di *ius commune* e i sofisticati strumenti di conformazione odierna della proprietà immobiliare[417]. Il ruolo della superficie di elemento di flessibilità rispetto alla teoria classica della proprietà emerge in alcune riflessioni della più avveduta dottrina:

> diviene problematica la stessa identificazione della superficie come diritto di godimento su cosa altrui, manifestandosi per quello che effettivamente è (soltanto un dogma) il tradizionale assunto, secondo il quale le ragioni del superficiario dovrebbero essere contenute e limitate – quasi costrette – in una rigorosa tipicizzazione formale, stante l'*agere licere* riconosciuto in via generale al proprietario del fondo: assunto appena temperato dal richiamo al generale principio, per il quale il contenuto di qualsivoglia diritto (e quindi anche del diritto di superficie) comprende sempre e comunque tutto quanto «sia necessario per servirsene»[418];

si afferma conseguentemente

pp. 537 ss., in part. p. 560: "Ainsi, on souligne « un retour à la tradition médiévale de la propriété, évincée par l'idéalisme révolutionnaire ». Les utilités de la chose redeviennent l'élément dominant, y compris à l'égard d'autres personnes que le propriétaire, dans le prolongement de la propriété coutumière médiévale « dont le principe de base n'est pas la liberté mais la solidarité ». En droit contemporain, c'est l'action de la loi qui domine, « [le propriétaire] est en quelque sorte condamné à l'altruisme, sous la pression croissante d'un législateur qui entend promouvoir, par le gouvernement des biens, certains intérêts collectifs. » Les interférences du droit public sont ainsi nombreuses, le législateur considérant parfois que « certaines affectations se révèlent plus utiles à la société que d'autres ». Le droit de l'urbanisme ou encore le droit fiscal en sont des manifestations évidentes, qui viennent orienter la politique de la ville par l'affectation des terrains, l'attribution d'avantages fiscaux en faveur du logement ou encore le contrôle du changement d'usage des locaux d'habitation".

417 H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 148 ss.

418 G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 22.

la pienezza della situazione giuridica spettante al superficiario, cui competono – giova ripetere – tutte le facoltà coerenti con il contenuto del suo diritto e con l'oggetto che lo contraddistingue. Sicché […] il superficiario è legittimato a porre in essere liberamente ogni attività, la quale si sostanzi nel godimento del suolo (o del sottosuolo) come area da costruzione, con i soli limiti segnati dalla proprietà «vicina»; quella che spetta al proprietario del fondo[419].

[419] G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 25; v. anche A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 467, a proposito dell'istituto superficiario: "Ciò che più stupisce ed affascina è che si tratta di un diritto che oserei definire per un verso «cangiante», dal momento che esso ha un ampio orizzonte applicativo che va dal diritto di sepolcro ai palchi in teatro, per altro verso esso si presenta estremamente «duttile», nel senso che, da un lato è suscettibile di trovare applicazione a fattispecie che incontriamo nella vita di tutti i giorni, dall'altro viene impiegato per dare soluzione a problemi giuridici altrimenti insormontabili. Sono forse queste due caratteristiche che hanno consentito all'istituto in esame di attraversare e sopravvivere ad una storia giuridica che inizia nel diritto romano e prosegue nell'attuale codice civile".

Capitolo secondo

La proprietà di volumi

Sezione I. *Una nuova concezione dell'immobile in Francia*

Con uno stretto legame ideale con la sezione appena terminata – in quanto, come si vedrà, ulteriore elemento di messa in crisi della nozione francese di proprietà e di ravvicinamento delle concezioni delle due grandi famiglie giuridiche occidentali – la trattazione passa ora ad analizzare quella che si manifesta come l'altra principale espressione nel mondo giuridico d'oltralpe di oggi del diritto di superficie. Si sottoporrà così alla verifica del diritto vivente quanto anticipato in proposito nella prima parte del lavoro, in relazione alla profonda differenza del fenomeno giuridico della proprietà di volumi dalle forme che si sono viste assumere dal diritto di superficie nel quadro di un rapporto di locazione. Si confermeranno gli interrogativi sulla riconducibilità di proprietà in volumi e locazioni reali a un comun denominatore, o se invece si tratti di due figure ben distinte, che trovano comunque il loro punto di contatto nell'attitudine a rispondere a istanze complesse e articolate che il mutare della società pone al regime delle situazioni d'appartenenza.

La nozione, di crescente diffusione in Francia, di proprietà di un volume, o spazio, invece che di una porzione di un'estensione bidimensionale, è stata dapprima prospettata in studi teorici, quindi recepita nella prassi e, con qualche incertezza, nel diritto vivente. Risulta allora niente affatto superfluo soffermarsi brevemente sull'elaborazione teorica sviluppatasi, salvo poi spostare l'attenzione sugli impieghi pratici della teoria. Si tenterà anche di esaminare le conseguenze dell'ingresso potenzialmente dirompente nel diritto dei beni di questa nuova conce-

zione dell'immobile, con particolare riferimento al rapporto con il regime del condominio e (più avanti, nell'ultima parte dell'esposizione) con quello della proprietà delle persone pubbliche, nonché le implicazioni teoriche di portata generale, nell'intento d'inquadrare la nozione in discorso nelle tendenze evolutive della disciplina giuridica delle situazioni di appartenenza. In quest'ottica, si allargherà lo sguardo agli esempi di altri modelli giuridici, verificando quali tracce della nozione di proprietà di volumi possano essere rinvenibili nel diritto italiano e in quello belga e poi tornando a sviluppare il filone della comparazione con il sistema di *common law*.

Sottosezione I. *La divisione dello spazio in volumi oggetto di appropriazione*

A. *Le riflessioni di Savatier*

L'elaborazione della dottrina francese contemporanea sulla prospettabilità dell'oggetto della proprietà immobiliare come uno spazio tridimensionale invece che bidimensionale si fonda ampiamente sugli studi di Savatier, giurista eminente che a partire dagli anni cinquanta ha iniziato a elaborare la nuova nozione, rifinendola nei decenni successivi man mano che la prassi cominciava a far proprio tale modello, rispecchiando la rispondenza a reali interessi economico-sociali di quanto teorizzato.

In primo luogo, Savatier osservava come già in atto, parallelamente al progresso economico e sociale, una tendenza implicita all'astrazione dell'oggetto della proprietà immobiliare, rispetto alla sua precedente concezione nella società – e di riflesso nel diritto – eminentemente concreta (un campo, una casa, un pascolo, una foresta, ecc.). Lo sviluppo e il perfezionamento delle tecniche di censimento fiscale delle proprietà immobiliari per opera del catasto, ai fini della determinazione dell'imposta fondiaria, hanno portato in misura crescente, a partire dall'istituzione del *cadastre parcellaire* con legge del 15 dicembre 1807, ad assimilare tali proprietà a una superficie piana, virtualmente fissa, perpetua e immutabile, determinabile

sulla base di regole geometriche e identificabile sotto forma di particella catastale numerata, che prescinde dall'effettiva conformazione geografica del suolo, dalla sua concreta destinazione e utilizzo, dalle attività umane svoltevi, ecc.: in pratica, una superficie dematerializzata, astratta da ogni corpo fisico concreto che realmente ne caratterizzi la natura, sempre più lontana dal fondo di terra retrostante alla concezione che il *Code civil* aveva voluto prendere in prestito al diritto romano[1]. Si dà luogo in questo modo – creando tensioni nel sistema codicistico quale concepito nel 1804, improntato, tra l'altro, a un'idea superata di primato degli immobili sui mobili – a una divaricazione nella concezione dei beni tradizionalmente ritenuti corporali, in quanto corrispondenti a cose concretamente tangibili: da una parte gli immobili, in realtà tendenti all'incorporalità e all'astrattezza di una superficie stilizzata; dall'altra parte, a riempire, completare e individualizzare, attribuendovi un concreto valore economico e produttivo, questi piani bidimensionali intangibili, i mobili, in un'epoca in cui il progresso tecnico consente opere di spostamento e di demolizione prima inimmaginabili, tali da poter ridurre a mobile praticamente ogni agglomerato di materia, che il diritto può trattare alla stregua di un immobile solo a titolo accessorio alla superficie stilizzata – essa sola oggetto di appropriazione a titolo principale – in quanto e fino a che sia a essa incorporato, in attesa di ritrovare la propria natura non appena distaccatone[2]. Tale evoluzione, in linea di principio, avrebbe attenuto piuttosto alla sfera giuridica del diritto fiscale che a

[1] R. Savatier, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, in *RTD civ.*, 1958, pp. 6-7; v. anche D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, pp. 61 ss.

[2] V. R. Savatier, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, in *RTD civ.*, 1958, p. 7: "Tout cela situe sur un plan nouveau la différence fondamentale du bien immeuble, ainsi dématérialisé, et du bien meuble. La propriété de l'immeuble est celle d'une surface ; la propriété du meuble est celle d'une matière. C'est d'ailleurs par cette observation que l'on comprend comment l'immeuble corporel se complète, pour devenir concret, d'éléments mobiliers"; p. 10: "En dégageant la conception géométrique vers laquelle tend la notion moderne de l'immeuble corporel, nous lui avons déjà implicitement opposé la conception physico-chimique vers laquelle tend, par complément, la notion de meuble. […] [C]ette matière n'y était incorporée que de façon mobile et temporaire, la surface seule étant, par nature, immeuble".

quella del diritto civile, la conservatoria delle ipoteche restando regolata da un criterio personale e non reale e gli immobili figurandovi indentificati secondo parametri concreti; ma essa non tardò a sconfinare nei rapporti civilistici, dapprima invocata nei tribunali con funzione probatoria sovente decisiva, quindi entrando nella terminologia e nei meccanismi degli interventi legislativi in tema di diritto agrario e di locazioni abitative, per poi confluire nelle riforme della pubblicità fondiaria, con l'obbligo d'indicazione della designazione catastale per ogni atto o decisione soggetti a trascrizione e con altri dispositivi di stretto coordinamento tra i due sistemi di pubblicità[3].

Stante il processo di astrazione dell'oggetto della proprietà immobiliare, Savatier vedeva maturi – anzi, stringenti, in presenza delle difficoltà con cui già si confrontava la prassi notarile – i tempi per avanzare di un ulteriore passo lungo il percorso, per tenere il diritto al passo con la società, laddove le tecniche costruttive da lungo tempo sono solite concepire il proprio oggetto tanto in estensione orizzontale quanto in altezza[4], che può risultare molto considerevole (e anche superare di molto le altre dimensioni: si pensi all'esempio di un grattacielo!), anche al fine di ricavare quanta più utilità economica possibile dall'acquisto del suolo, che in contesti urbani può avere un prezzo molto alto. Sono idee che ormai sembrano entrate anche nel senso comune popolare senza più particolari resistenze, così come nella pratica del commercio giuridico delle metropoli di tutto il mondo[5]. A maggior ragione, sorprende come invece il

[3] R. Savatier, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, in *RTD civ.*, 1958, pp. 3-6.

[4] Cfr. R. Savatier, *La propriété de l'espace*, in *D.*, 1965, *Chronique*, p. 213: "quand une société de construction vend un appartement, elle en montre le plan à l'acheteur. Et c'est donc un volume, situé en géométrie, qui est acquis par l'acheteur. Mais les formules juridiques de l'acte de vente ne l'expriment point. Le notaire y indique les parcelles cadastrales sur lesquelles l'immeuble divisé en appartements est construit; mais il situe cet appartement, dans l'espace, par des références d'étages et de contigüités plutôt que par des chiffres ou des figures. Il procède toujours ainsi, spatialement, selon la méthode archaïque qui, en surface, situait, autrefois, les ventes de propriété par leurs « attenances », d'une nouvelle manière concrète, au lieu de les représenter par une parcelle encadrée dans un plan".

[5] Cfr. S. Thacker, S. Veer, *Strata Law in Dubai*, in *Court Uncourt*, 2015, n. I, p. 5: "The concept of strata law in simplest terms means subdivision of a developed building

diritto civile francese, confrontato con lo sviluppo dell'immobile nella terza dimensione, sembri rifuggire dal regolare il fenomeno e cerchi in ogni modo di eludere lo stesso: questo si riscontra particolarmente nella disciplina giuridica della comproprietà degli immobili costruiti (legge n. 65-557 del 10 luglio 1965), che lascia indefinita dietro la nozione di *lot de copropriété* la natura essenziale di spazi degli appartamenti oggetto di appropriazione individuale e delle zone comuni, con funzione accessoria, oggetto di appropriazione collettiva all'interno dell'edificio[6].

I possibili presupposti per il necessario aggiornamento della concezione giuridica dei beni immobili sono riscontrati dall'Autore nello stesso sistema del *Code civil*, che all'articolo 552 attribuisce al proprietario del suolo anche il sopra e il sotto, virtualmente senza alcun limite, proiettando indefinitamente la superficie bidimensionale nel mondo a tre dimensioni[7]. Questa concezione codicistica risulta però già superata in due sensi. Per un verso, in quanto pone concettualmente il piano come fulcro del sistema, prendendo in considerazione lo spazio sovrastante e sottostante, anche costruito, solo in funzione accessoria rispetto a esso[8], con una finzione che si pone in sempre più stri-

property or gated community into layers. Each such layer then gets subdivided into one or more units along with common areas forming part of such property".

[6] R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 104-105.

[7] Diversamente, con spirito più moderno e più realistico, l'articolo 840 del C.c. italiano dispone che "la proprietà del suolo si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino. Questa disposizione non si applica a quanto forma oggetto delle leggi sulle miniere, cave e torbiere. Sono del pari salve le limitazioni derivanti dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle acque, sulle opere idrauliche e da altre leggi speciali. Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle".

[8] Cfr. Ph. Simler, *Ouvrages complexes et droit de propriété*, in *RDI*, 1999, p. 491: "La propriété n'est pas la matière. Le droit de propriété, c'est, comme l'exprime l'interprétation libre de l'article 544 proposée plus haut, l'ensemble des prérogatives portant sur le bien. S'agissant d'un bien immobilier, donc d'une parcelle foncière, le droit de propriété, c'est l'exclusivité de l'usage, de la jouissance et de la disposition de l'espace délimité constitué par la parcelle. […] Certes, la loi de la pesanteur est telle que la maîtrise d'un espace ramène nécessairement à une parcelle identifiée du sol. Cette propriété reste, en d'autres termes, en deux dimensions, seul le mécanisme de l'accession rendant compte des extensions verticales du droit au-dessus et au-dessous.

dente contraddizione con la realtà economica e può dar luogo a speculazioni e situazioni di rendita di posizione ingiustificate nel sentire sociale[9]. È vero che l'articolo 553, in precedenza analizzato, mitiga tale previsione, laddove consente la proprietà superficiaria di un terzo su costruzioni, piantagioni e opere realizzate sul suolo altrui, alla condizione di vincere le presunzioni della realizzazione per opera e a spese del proprietario e dell'appartenenza a quest'ultimo e inoltre riconosce la proprietà che un terzo potrebbe aver acquistato o acquistare per usucapione, sia di un sotterraneo, sia di ogni altra parte dell'edificio altrui, aprendo la strada alle operazioni giuridiche di trasferimento di volumi quali prospettate da Savatier. Tuttavia, restano immanenti nel sistema codicistico la priorità del suolo sullo spazio e l'avversione per la scomposizione della proprietà del suolo da quella del soprassuolo o sottosuolo, con le conseguenti complicazioni, a partire dal regime probatorio, che non possono risolversi che *de iure condendo*, con una rifondazione in profondità del diritto delle situazioni di appartenenza. Per altro verso, pure la concezione della proprietà *ad infinitum* esercitata su un cono avente come vertice il centro della Terra risulta incompatibile con la società di oggi[10]. Se nel 1804 il problema non si poneva neanche, la regola scritta rivolgendosi alle minime profondità di scavo e altezze di costruzione consentite dalle tecniche dell'epoca, con il passare del tempo, pur senza modificare formalmente il testo dell'articolo 552, il legislatore ne ha dovuto delimitare la

Mais l'objet du droit n'est pas cette parcelle, en deux dimensions, dont le dessus et le dessous seraient en quelque sorte les dépendances. L'objet du droit est l'espace, en trois dimensions, délimité par la surface au sol".

[9] V. R. Savatier, *La propriété de l'espace*, in *D.*, 1965, *Chronique*, p. 214: "Combien la *conscience comptable* évalue autrement le principal et l'accessoire ! Depuis bien longtemps déjà, elle sait que le coût de la construction peut dépasser celui du terrain. En valeur, le terrain est devenu d'ordinaire l'accessoire de la construction qu'on projette d'y faire. Et l'opinion publique le sent si bien qu'elle s'indigne de la hausse par laquelle des terrains, en eux-mêmes presque sans valeur propre, atteignent des prix exorbitants quand on y attache un potentiel constructif. C'est la valeur de celui-ci qui fait la valeur du terrain, à l'inverse du préjugé qui nous vient du monde antique !".

[10] C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 326 ss.; per una riflessione su analoghe tematiche nel mondo di *common law*, cfr. M.P. Thompson, *Modern Land Law*, IV ed., Oxford, 2009, pp. 10-11.

portata nella normativa speciale rinunciando alla quasi onnipotenza del proprietario immaginata dai codificatori, dapprima con obiettivi circoscritti, quali l'utilizzo e la gestione con finalità di pubblico interesse delle miniere, delle acque pubbliche e correnti, del trasporto dell'energia elettrica, della circolazione aerea e di quella delle teleferiche, più recentemente, con effetti dirompenti e generalizzati, per opera della legislazione urbanistica, rimettendo a un assenso dell'Amministrazione – sulla base di criteri normativi che lasciano alla stessa un'ampia discrezionalità – lo sfruttamento dell'utilità dominicale dei suoli dal maggior valore economico: quella di costruirvi[11].

Su queste basi, Savatier chiamava il diritto civile – tanto quello vigente, servendosi degli appigli normativi rinvenibili, quanto quello futuro, la cui concreta delineazione spetterà in ultimo al legislatore – a fare pienamente propria la nuova nozione di proprietà immobiliare che già aveva iniziato a trovare spazio in altri settori giuridici, identificando il fondo oggetto di dominio con uno spazio, individuabile attraverso le tecniche della geometria solida, sulla cui base ridefinire i sistemi di pubblicità fondiaria[12].

[11] R. Savatier, *La propriété de l'espace*, in *D.*, 1965, *Chronique*, pp. 214-216; H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 395 ss., in part. p. 405: "Le droit de propriété du maître du sol ne s'étend pas au centre de la terre à l'infini comme pourrait le laisser croire l'article 552. Il est, au contraire, limité vers le haut et vers le bas par l'existence d'un domaine public aérien et souterrain. La frontière entre propriété privée et domaine public n'est pas uniforme. Elle dépend des possibilités réelles de construction reconnues au propriétaire du terrain par un permis de construire ou un certificat d'urbanisme. Le droit de construire conditionne donc, selon nous, l'ampleur du droit de propriété".

[12] *Contra*, G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, p. 288: "l'espace n'est pas objet de propriété. Certes, la propriété du sol confère le pouvoir d'occuper l'espace situé au-dessus de la parcelle et d'interdire à d'autres de le faire. L'étendue de ces prérogatives peut faire question, en raison notamment des besoins de la collectivité", p. 289: "seul le sol ne peut périr. Un morcellement de la propriété en tranches horizontales ne survit pas à la destruction des ouvrages qui ont été l'objet de propriétés distinctes. La division de la propriété est un aménagement juridique correspondant à une certaine utilisation de l'espace, nullement une répartition définitive de cet espace".

Savatier, con un'intuizione che, come si è visto, avrebbe trovato sbocco nella recente proposta di riforma del diritto francese dei beni, rigettava in quanto fuorviante un'identificazione del nuovo concetto della proprietà immobiliare con la nozione romanistica di superficie[13]. Infatti, da un lato, tale nozione si presta a facili equivoci in ragione dell'accezione contemporanea della parola, afferente a uno spazio bidimensionale; dall'altro lato, a sviluppare coerentemente l'impostazione di Savatier, il punto non è tanto riaffermare la derogabilità del meccanismo dell'accessione sotto forma di un diritto di superficie, quanto mettere in questione e ridefinire in generale l'oggetto della proprietà immobiliare quale correntemente concepito in ambito privatistico e qualificato dalla severa regola dell'accessione. Una sorta di generalizzazione del diritto di superficie, o, meglio, una nozione di proprietà da esercitarsi non più su un piano, bensì direttamente su un volume, rappresenterebbe un'innovazione non meramente quantitativa, bensì qualitativa del fenomeno dominicale, sollecitando un adeguamento terminologico a cui il termine di "superficie", già denso di ambivalenza, non pare rispondere adeguatamente, caricato per troppi secoli dell'idea di eccezione all'opposta regola generale dell'accessione. A ciò si aggiunga che ricondurre la proprietà dei volumi al diritto di superficie male si coniuga con la più moderna spiegazione dualista di tale diritto, che non riduce lo stesso alla sovrapposizione di due situazioni dominicali indifferenti l'una all'altra, ma ne fa anche un diritto sul suolo: ciò che, come si noterà nelle prossime pagine, l'utilizzo della tecnica della divisione in volumi tende al contrario a evitare.

Il riferimento teorico al diritto di superficie, anticipato da autori anche molto risalenti[14], appare più che altro un espe-

[13] R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 105-106; P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, p. 29.

[14] V., nelle pagine che trattano del diritto di superficie, G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, p. 244: "Contrairement à la présomption de l'art. 553, il arrive parfois qu'une personne a la propriété de constructions qui débordent sur le bâtiment du voisin ; cette superposition emporte la propriété de l'espace aérien qui domine ces constructions, de sorte que le propriétaire peut les exhausser à la condition de ne causer aucun

diente dettato dalla struttura del *Code civil*, che fu concepito in un momento storico lontano e improntato, nell'auspicio dei suoi autori, al recupero della nozione romana di *dominium*, nell'intento di segnare una discontinuità con secoli caratterizzati in materia di diritto dei beni dalla frammentazione e sovrapposizione a titolo di proprietà di diverse prerogative su una stessa cosa, generalmente corrispondenti alle diverse utilità della stessa: un assetto visto ormai come un ostacolo alla libertà di commercio e d'impresa e fonte di privilegi parassitari per le vecchie aristocrazie, di cui le nuove classi emergenti volevano liberarsi. Dalla combinazione della volontà di liberare il dominio della gran parte dei pesi di natura reale gravanti su di esso, limitando severamente gli stessi, e del (tentato) recupero della nozione romana di fondo, sono sorti gli articoli in materia di accessione immobiliare. Così, attraverso l'idea della preminenza del suolo su ogni spazio sovrastante e sottostante, ridotto a una funzione accessoria, si sono coagulate la nozione di proprietà fondiaria vertente su un piano e la nozione di riconducibilità al domino del suolo di ogni costruzione realizzata sul suo terreno salva prova contraria. È dunque un prodotto della storia l'attuale assimilazione concettuale nel diritto francese come due deroghe al principio dell'accessione immobiliare, ovvero come due espressioni di un diritto di superficie, tanto della proprietà (con vocazione alla permanenza) dei volumi[15] – che a rigore dovrebbe invece attenere all'oggetto stesso della proprietà immobiliare – quanto della proprietà (solitamente temporanea) delle costruzioni sul suolo altrui nel quadro di un rapporto contrattuale di locazione[16]. Tale confusione chiama lo studioso

dommage au bâtiment inférieur, et si, d'autre part, une convention expresse ne lui a pas enlevé la faculté d'exhaussement".

[15] V. H. Périnet-Marquet, *L'immeuble et le Code civil*, in *1804-2004, le Code civil: un passé, un présent, un avenir*, Parigi, 2004, p. 404: "Ces volumes […] démontrent que la pratique peut générer, à elle seule, un nouvel immeuble qui n'est ni un fonds (au sens strict du terme) ni un bâtiment. Cette création, *ex nihilo*, ne s'est cependant pas faite sans difficultés. Pendant longtemps, la doctrine et la pratique ont privilégié une analyse plus respectueuse des catégories habituelles du droit civil en recourant au droit de superficie".

[16] Sicché anche voci autorevoli hanno letto come un'evoluzione nella continuità il rapporto tra i due fenomeni: Ph. Simler, *Ouvrages complexes et droit de propriété*, in *RDI*, 1999, p. 494: "La constitution de droits de superficie, dans le cadre des

del diritto a un'utile distinzione e chiarificazione concettuale, che giova anche a permettere un armonioso sviluppo della teoria della superficie; ma, al tempo stesso, la situazione, che appare un groviglio inestricabile nel diritto vigente, appella altresì il legislatore a un intervento profondo nella materia, quale sollecitato e delineato dal progetto di riforma che si è precedentemente preso in considerazione. In ogni caso, come salta all'occhio del comparatista, la confusione concettuale che da tempo si protrae, malgrado importanti sforzi dottrinali[17], non ha comportato solo conseguenze negative: essa ha ampiamente contribuito a dar luogo allo stato di fluidità che tanto ha giovato allo sviluppo di soluzioni giuridiche rispondenti a funzioni diversificate, in presenza di figure appena abbozzate nella disciplina codicistica. In quest'ottica, e quale che sia la qualificazione che il futuro della scienza giuridica finirà per dare alla proprietà dei volumi[18], come espressione di un diritto di superficie o, più propriamente, come oggetto in generale del diritto di proprietà immobiliare, si conferma l'opportunità nel presente studio di un approfondi-

baux de longue durée – baux emphytéotiques et baux à construction – ne sont autre chose qu'une première forme de propriétés en volumes. Il est par ailleurs admis depuis fort longtemps que la séparation ne se situe pas nécessairement au niveau de la surface du sol"; nello stesso senso, *ex ceteris*, E. Sommier, *La division de la propriété immobilière*, in *JCP N*, 1976, I, *Formules*, n. 2788, parr. 1-8; P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 596 ss.; P. Chambelland, Y. Rousseau, A. Haloche, *Copropriété et grands ensembles, la construction en volumes*, in *AJPI*, 1981, pp. 693 ss.; J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, pp. 1757 ss.

17 Cfr. H. Périnet-Marquet, *L'immeuble et le Code civil*, in *1804-2004, le Code civil: un passé, un présent, un avenir*, Parigi, 2004, p. 404: "même si référence à l'octroi d'une superficie est encore parfois faite dans les actes notariés, l'appréhension par la pratique du phénomène est, aujourd'hui, plus directe. Le volume, objet de la vente, n'est pas un cube d'air mais un espace géographique à trois dimensions bien définies. Il peut avoir pour assiette un ou plusieurs terrains, mais n'inclut pas ces terrains et n'intègre pas forcément d'immeubles, même s'il est destiné à en recevoir".

18 Cfr., nella dottrina di oggi, J.-C. Chaput, S. Rochegude, *De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier*, in *Rép. Defrénois*, 2007, I, p. 580: "En matière de volumes immobiliers, le sol naturel disparaît pour être intégré dans un ou plusieurs volumes. Or, à défaut de sol naturel, tout recours à la notion de droit de superficie devient impossible. On ne peut cependant nier la filiation entre ces deux techniques, car toutes deux sont fondées sur le même principe : la dissociation juridique conventionnelle de l'immeuble".

mento del fenomeno, forma di dissociazione giuridica dell'immobile che rientra in ogni caso a pieno titolo nel suo argomento.

B. *La diffusione della divisione in volumi*

Se all'epoca dei suoi primi scritti che prospettavano la nuova concezione della proprietà immobiliare Savatier non poteva portare alcuna esperienza pratica di utilizzo di una simile nozione[19], la situazione non ha tardato a cambiare, sulla spinta delle esigenze sofisticate poste da progetti di costruzione di ampia portata, che si scontravano con l'inadeguatezza e l'insufficienza dei meccanismi già sperimentati. La dettagliata disciplina legislativa del regime degli immobili in condominio detta già, senza che vi si possa facilmente derogare, regole ormai consolidate da vari decenni applicabili nella maggior parte delle situazioni in cui in locali di uno stesso edificio sussistano diritti di proprietà in capo a soggetti diversi: il terreno di sviluppo delle nuove tecniche si è allora localizzato intorno alle problematiche degli insiemi immobiliari complessi.

a. *Gli insiemi immobiliari complessi nella prassi: l'utilizzo di una nuova tecnica di ripartizione degli spazi*

Gli insiemi immobiliari complessi, la cui realizzazione si è diffusa in Francia nella seconda metà del '900 in contesti urbani in cui è sempre più difficoltoso reperire suoli disponibili, sono opere di costruzione o di rinnovamento immobiliari d'imponente dimensione, che coinvolgono diverse particelle catastali, dando luogo alla realizzazione di un complesso tecnicamente indivisibile, in cui l'utilizzo sistematico del sottosuolo fa venir meno la nozione stessa di suolo naturale, che l'intervento

[19] R. Savatier, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, in *RTD civ.*, 1958, p. 9; vi erano già state esperienze di espropriazioni limitate a mere porzioni di sottosuolo, in particolare per realizzare tunnel di metropolitane urbane: ma simili pratiche possono ancora essere fatte rientrare in una concezione più tradizionale del diritto di superficie, senza ricorrere alla più dirompente tecnica della proprietà di volumi.

dell'uomo praticamente cancella nell'area: l'opera si caratterizza per la giustapposizione o sovrapposizione di spazi dall'uso eterogeneo, quali garages, locali tecnici e magazzini, vie di circolazione pubbliche e private, giardini, sedi di uffici e di servizi pubblici, esercizi commerciali, abitazioni[20]. Al meccanismo sofisticato di questi insiemi non sembra addirsi, per motivi vari, nessuno degli strumenti giuridici tradizionalmente a disposizione dei costruttori e degli altri soggetti coinvolti: strumenti societari, lottizzazione, *bail emphytéotique* e *à construction*, condominio[21]. Il legislatore ne è parso a conoscenza già quando, con l'articolo 1 della legge n. 65-557 del 10 luglio del 1965 sulla comproprietà degli edifici, aveva deciso di sottoporre al regime della legge stessa tali insiemi solo in mancanza di un accordo contrario che creasse una diversa organizzazione. Forse proprio la necessità di una certa flessibilità implicita in tali operazioni, complesse e tra loro diversificate, è alla base dell'avallo del legislatore – in controtendenza con la disciplina urbanistica via via più stringente in materia di costruzioni – a un libero sviluppo della prassi negoziale fra gli attori economici coinvolti relativamente scevro d'interventi normativi *ad hoc* volti a imbrigliare la stessa più di quanto non facciano gli istituti tradizionali del diritto civile (ed eventualmente amministrativo) sulla cui base essa si è sviluppata[22]. La proprietà di volumi ha fatto ingresso

[20] P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, pp. 1217-1218; v. anche p. 1227: "Alors que le lotissement réalise une division de la parcelle, la copropriété une indivision de la parcelle, l'état descriptif, lui, conduit à une division à trois dimensions dans toute la parcelle"; sulla definizione giuridica sfuggente d'insieme immobiliare, soprattutto in rapporto al mero gruppo di edifici, v. B. Leclercq, *Les ensembles immobiliers*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 413 ss.

[21] V. P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1218: "La société n'attribue pas à des porteurs de parts ou d'actions des droits réels, s'adapte mal à la gestion de grands programmes et n'offre pas, aux créanciers des sociétaires, de sûretés jugées suffisantes.

Quant au lotissement, il divise la surface du sol, mais non un ouvrage.

Si le bail emphytéotique ou à construction permet la constitution de volumes, il ne crée de droits réels que temporairement, d'où le succès mitigé de ce type de contrat".

[22] Cfr. P. Malinvaud, *Les ouvrages immobiliers complexes: exposé introductif*, in *RDI*, 1999, p. 487: "En effet, les ouvrages immobiliers complexes, intitulé retenu pour qualifier les ouvrages faisant l'objet d'une division en volumes et de

solo recentemente nel testo della legge sulla comproprietà (art. 28, IV), in occasione della legge per l'accesso all'alloggio e per un'urbanistica rinnovata ("ALUR") n. 2014-366 del 24 marzo 2014, con la previsione di una procedura di passaggio di un insieme immobiliare complesso dall'assetto della comproprietà a quello di una divisione volumetrica.

I pratici del diritto si sono così orientati verso una nuova tecnica[23], fondata sulla costituzione e delimitazione attraverso uno stato descrittivo della posizione – nello spazio al disopra, al disotto e attraverso il piano virtuale di cui si è detto – di volumi virtuali tridimensionali, ciascuno oggetto di un vero e proprio diritto di proprietà immobiliare, a tutti gli effetti perpetuo[24], con

superpositions, ne font l'objet d'aucune réglementation ; c'est aux principes du droit des biens, du droit administratif, et du droit des contrats qu'il faut remonter pour déterminer ce qui est possible et ce qui ne l'est pas. C'est dire combien est délicate la tâche des praticiens qui sont amenés à concevoir des montages de ce genre. Les contrats doivent tout prévoir puisqu'il n'y aura pas de règle supplétive susceptible de régler les difficultés qui n'auraient pas été envisagées"; A. Pône, *Volumes immobiliers et droit de propriété (Libres et périlleuses réflexions)*, in *Liber amicorum Georges Daublon*, Parigi, 2001, pp. 229 ss.; v. anche, sollecitando adattamenti legislativi piuttosto contenuti, essenzialmente volti al coordinamento con la normativa urbanistica e in tema di proprietà delle persone pubbliche, H. Périnet-Marquet, *Les ouvrages immobiliers complexes*, in *RDI*, 1999, pp. 565 ss.; sulle incertezze in tema di possibilità dell'esericizio del diritto di prelazione legale da parte del comune, S. Pérignon, *La cession de volumes est-elle soumise au droit de préemption urbain ?*, in *Rép. Defrénois*, 1989, I, pp. 1297 ss.; complessivamente insoddisfatto della mancanza di un quadro legislativo civilistico e amministrativistico, J.-P. Bertrel, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Droit et patrimoine*, 1994, n. 21, pp. 44 ss.; su tali problematiche, v. anche *Quest. n. 30343*, J.O.A.N., *25 mars 1996, Questions et réponses*, p. 1647, <http://questions.assemblee-nationale.fr/q10/10-30343QE.htm>.

[23] Per la descrizione di alcune tra le prime e più conosciute esperienze in tal senso, quali la ricostruzione della Gare Montparnasse di Parigi nel quadro di un'ampia operazione di rinnovamento del quartiere e, nella stessa città, la realizzazione del quartiere della Défense, cfr. P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 616-624; in seguito, nuove esperienze si sono fatte sempre più frequenti (pur senza ancora diventare una porzione importante del complesso delle costruzioni effettuate sul suolo francese): v. P. Malinvaud, *Les ouvrages immobiliers complexes: exposé introductif*, in *RDI*, 1999, p. 487: "D'autres applications sont apparues par la suite, afin d'échapper au statut de la copropriété ; tel a été le cas de certains centres commerciaux […]. Dans d'autres cas encore, c'est le souci d'indépendance des propriétaires qui les guide vers le choix de cette formule, à moins qu'il ne s'agisse d'un effet de mode".

[24] V. C. Atias, *Menace sur la division en volumes?*, in *Rép. Defrénois*, 2012, n. 20, p. 1007: "Les volumes, souvent désignés comme lots de volumes, sont définitivement

la cui attribuzione a diversi titolari non si realizza in alcun modo una forma d'indivisione o di comproprietà[25], avendosi esclusivamente una giustapposizione di diritti di proprietà esercitati da diversi titolari su spazi geometricamente definiti[26]. A fonda-

institués et définis à titre perpétuel par leurs seules cotes. Les biens concrets qui, en quelque sorte, les rempliront, en les dotant d'un contenu matériel, sont indifférents à leur nature juridique. Ils diffèrent autant des lots de copropriété que les lots de lotissements par exemple".

[25] Se non, eventualmente, per le pareti che dividono un volume da un altro, la cui forma d'indivisione può essere, in ogni caso, esclusivamente quella degli articoli 653 e seguenti del *Code civil* e non la comproprietà degli edifici di cui alla legge del 1965: P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Parigi, 1989, pp. 56-57.

[26] P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1221; per una curiosa anticipazione di una simile impostazione, cfr. T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Parigi, 1893, pp. 439 ss., nonché A. Weiss, *Des droits de superficie, en droit français et en droit romain*, thèse Strasbourg, 1853, pp. 50 ss. Si osserva che il diritto positivo non fa ostacolo a simili ripartizioni: J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, p. 1761: "l'organisation de l'espace comme celle du *bâti est librement admise en droit privé et ne saurait être* limitée par des dispositions du Code de l'urbanisme attachées à la seule gestion des droits de construire et des actions d'occupation du sol. Toutefois, si ces actions – si la réalisation de l'ensemble immobilier – entrent dans le champ d'application des contrôles que le code prescrit (gestion des droits de construire…), l'autorisation concernée (permis…) doit *être* obtenue". Come sostegno normativo della praticabilità dell'esercizio della proprietà su volumi, v. *décret* del 4 gennaio 1955, n. 55-22, in tema di pubblicità fondiaria, art. 7, c. 3, che può trovare applicazione pure quando si escluda l'applicazione del regime della comproprietà: "Lorsque, sans réaliser ou constater une division de la propriété du sol entraînant changement de limite, [tout acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière] ne concerne qu'une ou plusieurs fractions d'un immeuble, l'acte ou la décision judiciaire doit comporter à la fois la désignation desdites fractions et celle de l'ensemble de l'immeuble. La désignation de la fraction est faite conformément à un état descriptif de division, ou, éventuellement, à un état modificatif, établi dans les conditions fixées par décret, et préalablement publié ; elle doit mentionner le numéro du lot dans lequel la fraction est comprise, et, sous réserve des exceptions prévues audit décret, la quote-part dans la propriété du sol afférente à ce lot. Les dispositions du présent alinéa ne sont pas applicables lorsque l'acte ou la décision concerne soit une servitude, soit un droit d'usage ou d'habitation, soit un bail de plus de douze années. Elles sont également sans application lorsque l'acte ou la décision entraîne la suppression de la division de l'immeuble"; v. anche, per la disciplina di dettaglio, décret n. 55-1350 del 14 ottobre 1955, artt. 71-1 ss.; la nozione della divisione in volumi è stata quindi recepita come esistente nella pratica amministrativa dei servizi di pubblicità fondiaria (v. istruzioni del primo agosto 1979 in tema di costituzione della documentazione fondiaria, B.O.I., n. 140 del 2 agosto 1979, 10 E-1-79, artt. 36 ss.) e incidentalmente nella legislazione urbanistica (cfr. J.-C. Chaput, S. Rochegude, *De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier*, in *Rép. Defrénois*, 2007, I, p. 579, nota 11), nonché, recentemente, con

mento di tale pratica, e in conseguenza dell'apparato concettuale che si è osservato poco sopra improntare la disciplina del *Code civil* in materia di accessione, la dottrina – aderendo in massima parte a un orientamento correntemente detto "realista", che riconosce l'immediato acquisto sul volume di una situazione giuridica di natura reale – ha subito posto la figura del diritto di superficie, quale emerge dall'articolo 553 come deroga al principio dell'accessione immobiliare[27], consentendo, per quello che qui interessa fondamentalmente attraverso un titolo contrattuale, l'acquisto in proprietà esclusiva di frazioni di soprassuolo e di sottosuolo. Alcuni autori, sempre nell'ambito di teorie "realiste", pur accogliendo la prassi, hanno però respinto l'idea di un diritto di proprietà esercitato sui volumi[28] – contestandone radicalmente la qualifica di beni e l'idoneità all'appropriazione in senso giuridico – perlopiù leggendo il fenomeno nel quadro di un'interpretazione dualistica del diritto di superficie, per cui, al di là delle parole suggestive utilizzate nella terminologia dei

la legge "ALUR", agli artt. 28, IV, e 29-8, I, della legge sulla comproprietà.

[27] P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 596 ss.; P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, pp. 1221-1227; G. Daublon, *Droit de superficie et état descriptif de division*, in *Rép. Defrénois*, 2000, I, pp. 21 ss.; v. anche J.-L. Tixier, *Le bail à construction: de la théorie à la pratique*, Parigi, 2006, pp. 14 ss., in part. p. 16: "La thèse réaliste selon laquelle le maître de l'ouvrage reçoit un droit réel de propriété est un système qui présente une précision intellectuelle et des avantages pratiques et fait de la superficie dans les ensembles immobiliers complexes une véritable propriété et du volume immobilier un immeuble par nature"; cfr. P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 311: "Le droit de superficie est ainsi complètement dématérialisé, ce qui est participe à l'évolution générale du droit des biens. Il ne deviendra un bien corporel que lorsque l'immeuble sera achevé"; una tesi diversa ma convergente è quella dell'"immobile per anticipazione" di J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976, pp. 221-223, che, pur non accettando l'astrazione della proprietà di uno spazio vuoto, riconduce in ogni caso il fenomeno sancito dalla prassi a una situazione dominicale, sia pure per anticipazione; nella giurisprudenza, cfr. *CE, 30 nov. 2007, n. 271897*.

[28] V. C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 435: "Le droit de superficie n'a pas pour objet le volume au-dessus de la surface. Il a pour objet les constructions ou les plantations élevées sur la surface du sol. […] Ce n'est que lorsque la surface a été construite ou plantée que l'on peut envisager une éventuelle dissociation de la propriété du sol et celle des constructions ou plantations".

contratti, quello ceduto sarebbe semplicemente il diritto reale immobiliare di costruire su un suolo altrui, acquistando poi, virtualmente in perpetuo, la proprietà delle opere realizzate[29]. Le conseguenze di questa diversa lettura, nella pratica contenute aderendo all'impostazione ormai dominante che fa del diritto di superficie sin dall'inizio un diritto reale, a prescindere dall'effettiva realizzazione della costruzione, sono più significative per chi – tesi detta "nominalista" – vi vede un diritto meramente personale, fino all'acquisto della proprietà sulla costruzione effettivamente realizzata[30]. Ciò ha implicazioni soprattutto in termini di sottoponibilità del diritto a *nantissement* piuttosto che a ipoteca e d'impossibilità di dar luogo a un intreccio di obbligazioni *propter rem* tra gli acquirenti già in fase di costruzione, cui si aggiungerebbe il venir meno dei diritti reali anche in caso di rovina o demolizione, pure per persone giuridiche di diritto pubblico. L'adozione di questa impostazione sembra decisamente sconsigliabile a causa della sua fragile e incerta adattabilità alle istanze dei soggetti coinvolti, rispetto a cui la prassi, con l'avallo della giurisprudenza, presuppone generalmente la natura proprietaria o quantomeno reale *ab initio* del diritto conferito[31].

Altri autori di oggi riconoscono senza imbarazzo la piena natura di proprietà immobiliare del diritto dell'acquirente di un volume pur virtuale, sul quale, anche prima che sorgano al suo interno opere materialmente tangibili, il titolare può esercitare le più ampie prerogative di godimento e disposizione, corredate di una totale opponibilità ai terzi[32]. Pare però opportuna,

[29] J.-P. Bertrel, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Droit et patrimoine*, 1994, n. 21, pp. 44 ss.

[30] P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, p. 51; J. Cumenge, *Imbrication dans l'espace de propriétés privées et publiques*, in *Tunnels et ouvrages souterrains*, 1974, p. 254.

[31] P. Chambelland, Y. Rousseau, A. Haloche, *Copropriété et grands ensembles, la construction en volumes*, in *AJPI*, 1981, pp. 693 ss.; v. anche, pure con adesione all'opzione realista, J.-P. Bertrel, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Droit et patrimoine*, 1994, n. 21, pp. 48 ss. Nel diritto positivo, l'art. 2420 *C.c.*, 3°, consente l'ipoteca di costruzioni già iniziate o progettate da parte di chi possiede un diritto reale che gli consente di costruire a proprio profitto sul fondo altrui.

[32] A. Pône, *Volumes immobiliers et droit de propriété (Libres et périlleuses réflexions)*, in *Liber amicorum Georges Daublon*, Parigi, 2001, pp. 236-237; Y.

a questo proposito, una precisazione che sorge dall'interfaccia di quanto finora osservato con la disciplina urbanistica in tema di permesso di costruire, la cui mancanza di coordinamento normativo con le particolarità dei grandi insiemi immobiliari è cagione d'incertezze e di orientamenti ondivaghi delle amministrazioni e della giustizia amministrativa: tutto questo, con diverse problematiche e complicazioni, sia nel caso che un solo permesso sia chiesto congiuntamente dai proprietari dei volumi o dal loro sindacato, sia che ciascuno, coordinandosi con gli altri, lo chieda per il proprio, sia che esso sia chiesto originariamente dal comune avente causa e poi oggetto di trasferimenti parziali a profitto dei suoi diversi cessionari[33]. Ebbene, pur accogliendo, come sembra conforme alle tendenze evolutive del diritto dei beni in Francia, il carattere di piena proprietà della situazione del titolare di un volume, occorre rimarcare l'essenza strutturalmente conformata di tale dominio[34], che ne aumenta

Gaudemet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public*, in *RDI*, 2009, p. 9; v. anche Raccomandazione n. 5 (aggiornata nel 2008) della *Commission relative à la copropriété*, <http://www.jpm-copro.com/Recommandation%2005.htm>: "l'hypothèque inscrite sur le sol, avant élaboration et publication d'un état descriptif de division en volumes, grève non seulement le lot dans lequel sera intégré le sol, mais aussi tous les autres lots créés par l'état descriptif de division en volumes, que ceux-ci soient situés en tréfonds ou en superficie ; […] à l'inverse, si l'hypothèque conférée est inscrite sur un seul des lots de l'état descriptif de division en volumes, postérieurement à la publication de cet état, l'hypothèque en pareil cas ne grève pas les autres lots créés par l'état descriptif de division en volumes et, notamment, celui comprenant le sol naturel s'il n'est pas celui hypothéqué".

33 V. *Code de l'urbanisme*, art. R423-1: "Les demandes de permis de construire, d'aménager ou de démolir et les déclarations préalables sont adressées par pli recommandé avec demande d'avis de réception ou déposées à la mairie de la commune dans laquelle les travaux sont envisagés :

a) Soit par le ou les propriétaires du ou des terrains, leur mandataire ou par une ou plusieurs personnes attestant être autorisées par eux à exécuter les travaux […]"; cfr. J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, pp. 1770-1771.

34 Cfr. K. Gray, *Property in Thin Air*, in *The Cambridge Law Journal*, v. 50, 1991, p. 259: "When I sell you a quantum of airspace the whole point is that-apart from molecules of thin air-there is absolutely *nothing* there. (Indeed I would be in breach of my agreement with you if it were otherwise.) The key is, of course, that I have transferred to you not a thing but a "bundle of rights", and it is the "bundle of rights" that comprises the "property". But what are the rights in the property bundle? Or, more accurately, wherein lies the "property" character of the rights in the bundle? What constitutes the "propertiness" of "property"?".

la distanza dalla nozione immaginata dagli estensori del codice. Pur temperato nella pratica dal fatto che almeno gli insiemi immobiliari di maggiore entità sono realizzati in un contesto di concertazione con le pubbliche autorità o addirittura promossi dalle stesse, generalmente quindi interessate a un pieno successo dell'operazione[35], il rischioso evento di diniego del permesso o di suo ritiro, nei limiti in cui ciò è consentito[36], può portare a uno svuotamento pressoché totale delle prerogative dominicali, tanto più evidente quando esse hanno come oggetto dei volumi d'aria[37]. Certo, si potrà obiettare, la differenza concreta rispetto alla tradizionale proprietà immobiliare non è poi così dirompente: poco importerà al costruttore che abbia – magari a caro prezzo – acquisito un suolo di potervi coltivare delle carote in mancanza del permesso di realizzare le opere desiderate, l'utilità edificatoria superando già di gran lunga l'importanza economica di ogni altra utilità dominicale dei suoli urbani. Tuttavia, su un piano teorico, tale carattere più profondamente conformato della proprietà portante su un volume non va trascurato, e anzi ben s'inquadra nella perdita di concretezza e materialità dell'oggetto della proprietà immobiliare, nella sua crescente identificazione con fenomeni non semplicemente riconoscibili come sussistenti *in rerum natura* e poi regolati dalla sfera giuridica, bensì radicalmente bisognosi di tale sfera già per acquistare un senso in un sistema di relazioni.

Per una piena assimilazione della figura della proprietà di volumi al sistema della proprietà civilistica in senso stretto,

[35] Ma non si dimentichi che, in un quadro in cui esistono significativi profili di discrezionalità, il dibattito pubblico e il variare degli equilibri politici soprattutto locali (spettando la decisione perlopiù a enti locali in seguito alla decentralizzazione amministrativa) possono essere alla base di elementi di contraddittorietà nell'operare dei soggetti pubblici nel corso del tempo.

[36] Su cui v., con ampia giurisprudenza citata, J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, X ed., Issy-les-Moulineaux, 2015, pp. 457-460, pp. 464-465.

[37] Cfr. H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 400-401: "La maîtrise du sol lui-même doit être distinguée de la propriété du dessus. La première ne confère pas comme seule prérogative à son titulaire un droit de construire. Elle lui permet également de se servir du terrain ou d'y établir des plantations. La seconde, à l'inverse, autorise simplement l'occupation de l'espace par les bâtiments édifiés. Elle se résume en un droit de construire".

si pone poi il problema del ruolo del suo doppio fattuale, il possesso. In quest'ottica Planiol affermava la necessità che la proprietà e ogni altro diritto reale non possano esistere che su una cosa determinata, proprio in quanto essa "a toujours pour objet de garantir le fait de la possession, qui est nécessairement concret et qui ne peut exister que pour une chose déterminée"[38].

Può dunque concepirsi un possesso "concreto" su un oggetto "astratto" come un volume d'aria, sia pur precisamente determinato nella sua consistenza spaziale attraverso l'uso di tecniche ben sperimentate? Naturalmente, il problema si pone per la sola fase precedente l'effettiva realizzazione delle opere, essendo un'esperienza consolidata la suscettibilità di possesso di locali all'interno di un edificio più ampio. Chi scrive ritiene che la questione possa risolversi proprio sulla base del carattere conformato della proprietà dei volumi, sulla sostanziale identificazione in simili circostanze del dominio con la sua utilità edificatoria[39]: allora, per esempio, il non proprietario del volume (come anche, per finalità differenti, il suo stesso proprietario) potrà iniziare a possederlo a tutti gli effetti proprio dando avvio ai lavori – o ad atti prodromici riconoscibili come tali – nel volume altrui (o, il proprietario, nel proprio), con gli effetti definiti dal diritto comune; e questo possesso potrà sommarsi, ai fini della prescrizione acquisitiva[40], al successivo, più consolidato, possesso dei

[38] M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, IV ed., Parigi, 1906, pp. 678-679.

[39] P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 311.

[40] Favorevoli in generale alla possibilità di usucapire un volume, v. J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, p. 457; *contra*, G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, pp. 291-292; P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 311. Malgrado la chiusura della giurisprudenza italiana in materia di proprietà di volumi, che si vedrà, si leggano le riflessioni di R. Sacco, R. Caterina, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2014, p. 124, nota 148: "c'è da domandarsi se il diritto di cui all'art. 952 c.c. it., definito dalla legge come «diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione», non faccia eccezione ai comuni principii. Se questo diritto di costruire dovesse considerarsi come diritto reale senza cosa materiale, come diritto di escludere gli altri da una porzione di spazio, astratta rispetto al fondo, si dovrebbe immaginare la possibilità di un possesso parallelo".

locali realizzati. In ogni caso, come si è osservato in precedenza, un definitivo e opportuno distacco della costruzione giuridica della proprietà dei volumi dall'alveo del diritto di superficie, come due distinte tecniche di dissociazione spaziale dell'immobile, richiede auspicabilmente un intervento del legislatore, di aggiornamento e revisione delle categorie ordinanti della disciplina in tema di beni del *Code civil*.

L'operazione che porta a un assetto di proprietà di volumi spaziali giustapposti prende solitamente avvio da un soggetto che, perlopiù di concerto con autorità pubbliche, acquista i suoli interessati – da edificare o, se già edificati, da rinnovare e modificare nel nuovo assetto di un più ampio complesso immobiliare – e, servendosi dell'ausilio di una folta squadra di tecnici, dà luogo allo stato descrittivo della divisione in volumi[41], prevedendovi anche una ripartizione dei diritti di costruire conforme ai permessi ottenuti sulla base della legislazione urbanistica[42], e procedendo poi alla loro pubblicità fondiaria e all'alienazione come immobili da costruire (o da rinnovare) a soggetti privati (come un promotore immobiliare, o direttamente un'impresa interessata al successivo utilizzo di una frazione del complesso) o pubblici che si fanno committenti dei lavori da svolgere negli spazi da essi rispettivamente acquistati[43]. I volumi, geometricamente identificati, sono venduti come cose di specie, già esistenti a partire dal momento della ripartizione[44]: l'immediato effetto traslativo della proprietà del contratto metterà di per sé il compratore, per lo spazio di cui sia già divenuto titolare, al riparo da un successivo concorso con i creditori dell'alienante, a meno che quest'ultimo non

[41] Sulle cui tecniche v., approfonditamente e con esempi pratici, C. Destame, R. Bombreault, *Pratique de l'état descriptif en volumes*, Parigi, 1995.

[42] J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, p. 1869.

[43] R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 107-108.

[44] V. Ph. Simler, *Ouvrages complexes et droit de propriété*, in *RDI*, 1999, p. 493: "Faute d'une telle identification, le seul acte constitutif serait de la même nature que celui par lequel est cédée une parcelle de terrain non encore délimitée, à prendre sur une parcelle plus vaste, hypothèse au demeurant classique du droit des biens, qui illustre la catégorie des créances immobilières".

abbia già prestato sul bene garanzia reale nei confronti di essi, come concretamente potrà fare in quanto utile alla realizzazione dei lavori che insistono sul suo volume[45]. Occorre rimarcare che i volumi in quanto tali, geometricamente definiti e delimitati, sono oggetto di appropriazione, come immobili per natura[46] a prescindere dalla loro composizione materiale e dalle costruzioni da realizzarvi o realizzatevi, che non vanno identificate con gli spazi, ma semplicemente riempiono gli stessi: man mano che delle opere sono eseguite all'interno del volume, il proprietario acquista anche esse per effetto di un meccanismo di accessione[47]. Nulla vieta che, a sua volta, il proprietario, che è tale a tutti gli effetti, possa rinunciare, quantomeno temporaneamente, all'operare di tale meccanismo: così è il caso in cui questi conceda il bene immobile su cui verte il suo diritto, ovvero lo spazio geometricamente definito, in *bail à construction*, servendosi di tale strumento invece che di un contratto di appalto per mettere il volume a dispo-

[45] Su tale contratto, cfr. R. Savatier, *La propriété de l'espace*, in *D.*, 1965, *Chronique*, p. 218: "Il est vrai qu'au point de vue fiscal, l'enregistrement d'un tel contrat serait, dans la législation actuelle, beaucoup plus onéreux que celui d'un contrat de promesse de construction englobant simplement un espace considéré comme une chose de genre. À la différence de ce qui se fait actuellement, il rendrait, en effet, immédiatement exigible le droit de mutation de la propriété transmise. Mais le législateur est toujours libre d'adapter la loi fiscale aux contrats qui lui paraissent utiles !".

[46] Raccomandazione n. 5 (aggiornata nel 2008) della *Commission relative à la copropriété*, <http://www.jpm-copro.com/Recommandation%2005.htm>; J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, p. 457.

[47] J.-C. Chaput, S. Rochegude, *De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier*, in *Rép. Defrénois*, 2007, I, p. 579. Contrario a questa prospettazione, altamente astratta, cfr. G. Daublon, *Droit de superficie et état descriptif de division*, in *Rép. Defrénois*, 2000, I, p. 23: "Si, plutôt que de se lancer dans cette géométrie originale des volumes, on s'en tient à la seule fonction que remplisse l'état descriptif, il convient d'ériger en lot, non pas un volume d'air, mais les ouvrages qui seront édifiés à l'intérieur de ce volume. […] L'état descriptif ayant décrit des ouvrages, la vente ne porte pas sur le volume d'air, mais sur le droit d'édifier les ouvrages à l'intérieur de ce volume. […] Si les volumes ont été érigés en lots, lorsque les ouvrages ont été édifiés, l'état descriptif ne reflète plus la situation réelle" ; una simile critica in G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, p. 288.

sizione del costruttore[48]. Si assiste in una simile ipotesi a una sovrapposizione e a una mescolanza delle due tecniche della proprietà dei volumi – evoluzione della teoria della superficie che ha debordato fino ad aspirare a ridefinire l'oggetto stesso della proprietà immobiliare – e del *bail à construction* – manifestazione immediata di un diritto di superficie conformato in un quadro convenzionale.

Occorre soffermarsi sul ruolo del soggetto, pubblico, misto o privato, che dà impulso all'operazione, detto (quantomeno per operazioni di una certa consistenza) *aménageur foncier*, man mano acquirente dell'insieme dei fondi coinvolti, che esso fa registrare al catasto con un numero di particella riferito a tutto lo spazio e non solo al piano che lo interseca[49]. Tale ruolo è

[48] J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, pp. 355-356; Raccomandazione n. 5 (aggiornata nel 2008) della *Commission relative à la copropriété*, <http://www.jpm-copro.com/Recommandation%2005.htm>.

[49] Per la precisione, servendosi di cifre che indicano (P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 630-631) "soit une dimension (pour la géométrie descriptive), soit un niveau (cartographie). […] Les cotes appliquées sont les cotes du nivellement général de la France (N.G.F.) qui déterminent et servent de repère de niveau. Les cotes N.G.F. sont des cotes moyennes généralement situées à la ligne séparative des volumes et qui permettent de délimiter très précisément les lots sur un plan. Ces lots représentent ainsi des propriétés divisées suivant un plan horizontal sans aucun droit sur le sol. En outre, ces lots ne s'établissent pas nécessairement à partir du niveau du sol naturel"; J.-C. Chaput, S. Rochegude, *De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier*, in *Rép. Defrénois*, 2007, I, p. 578: "Il existe deux systèmes de calcul des repères altimétriques en France, déterminés par nivellement direct à partir du zéro de référence, fixé par le marégraphe 10 de Marseille : le système orthométrique ou du « Nivellement général de la France N.G.F. altitudes orthométriques », basé sur la pesanteur réelle locale, et le système normal ou « I.G.N. 1969 », recalculé en intégrant les corrections des déviations locales de la pesanteur, mesurées par gravimétrie, afin d'homogénéiser le réseau. […] Dans la pratique, les deux systèmes sont utilisés […]. Il est donc nécessaire de bien préciser dans l'état descriptif de division en volumes, quel système a été utilisé, normal ou orthométrique. Le volume immobilier sera donc défini par rapport à une parcelle cadastrale (volume de base à diviser), et les deux altitudes basse et haute exprimées suivant une cote altimétrique. Le volume complexe global sera éventuellement exprimé par la somme des sous-volumes ayant chacun une surface précise entre deux cotes altimétriques"; J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, p. 1763: "pour pouvoir être publié au fichier immobilier, l'état descriptif de division doit comporter d'abord une description de l'ensemble immobilier avec sa désignation

particolarmente delicato, nonché fondamentale per la riuscita del progetto, che, quando di grande entità, s'inquadra spesso in interventi di urbanizzazione concertati con le autorità amministrative competenti. Il carattere flessibile e ben adattabile alle circostanze dell'operazione di divisione in volumi consente all'*aménageur* anche un acquisto dei suoli scaglionato nel tempo, procedendo per divisioni successive in volumi, incorporati di volta in volta allo stato descrittivo pure dopo l'alienazione di spazi oggetto di ripartizioni precedenti, i cui acquirenti non sono più coinvolti nelle eventuali divisioni successive; inoltre, man mano che cede i volumi, l'*aménageur*, fino alla fine dell'operazione, si riserverà generalmente il diritto di sopraelevare al disopra e di scavare ulteriormente al disotto di quanto è stato realizzato,sss mantenendo per sé i volumi virtuali superiori e inferiori alle costruzioni già effettuate[50]. Nel mentre che acquista suoli e aliena volumi e finché si svolgono i lavori, l'*aménageur*, a meno di farsene esso stesso committente, svolge un'importante funzione pratica di direzione: contestualmente ai contratti di vendita dei volumi, che dovranno anche prevedere rispetto agli spazi circostanti le modalità di sostegno delle opere che andranno a riempirli, esso concluderà con gli acquirenti degli spazi una serie di convenzioni (testimoniate in *cahiers des charges*) che determineranno a carico di essi degli obblighi in merito allo svolgimento dei lavori, così da renderne possibile la realizzazione in stretto coordinamento di tempi e modalità tra le diverse frazioni, consentendo al tempo stesso il godimento delle eventuali parti già ultimate. Tali accordi potranno sancire anche un trasferimento e una ripartizione tra i soggetti coinvolti dei diritti di costruire, conformemente alla legislazione urbanistica, che però determina gli stessi in rapporto alla superficie piana di

cadastrale et ensuite la désignation de chaque volume (division primaire) avec sa position dans l'ensemble. Dans la pratique, cela se fait en utilisant la description qui a été faite sur le plan du droit civil" ; v. anche, *amplius*, F. Morelon, *Aspects techniques et pratiques de la division des volumes*, in *RDI*, 1999, pp. 502 ss.; per una proposta, avanzata in sede di congresso dei geometri, di creazione di un catasto in 3D, cfr. *JCP N*, 2012, *Actualités*, n. 854.

[50] P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1228.

terreno, dando luogo a possibili difficoltà d'interfaccia[51]. Ulteriori accordi di dettaglio per un'armoniosa gestione dei cantieri – per esempio, servendosi almeno in parte delle stesse imprese di costruzione e di assicurazione – e un agevole sostegno delle opere, nonché per un'eventuale ulteriore ripartizione dei diritti di costruire previsti dalla legislazione urbanistica, potranno poi intercorrere tra i diversi acquirenti, che potranno a loro volta rivendere le costruzioni già effettuate o come immobili da costruire[52]. Inoltre, l'*aménageur*, in ottemperanza a una clausola contenuta già nello stato descrittivo o nel *cahier*, s'incaricherà di stipulare convenzioni assicurative (o quantomeno di vegliare a che siano stipulate dai suoi aventi causa) per coprire tanto la responsabilità civile di tutti i soggetti partecipanti all'operazione per sinistri prodottisi nel corso dei lavori, quanto la responsabilità legale dei costruttori verso i committenti e verso gli acquirenti dei locali costruiti[53], quanto l'adempimento dell'obbligo di ogni proprietario di volume verso gli altri proprietari di realizzare la propria porzione di costruzione: proprio sui committenti (quando distinti dall'*aménageur*) e costruttori graveranno in definitiva i premi assicurativi anticipati dall'*aménageur*, secondo criteri e proporzioni di riparto stabiliti nei *cahiers des charges* e nei contratti d'appalto[54]. La tecnica della divisione in volumi è stata paragonata, come suo equivalente tridimensionale, a quello che, per una superficie piana, è la lottizzazione[55]:

[51] J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, p. 511.

[52] R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, p. 108; sulle difficoltà di apprestare strumenti giuridici in grado al tempo stesso di garantire il massimo coordinamento possibile tra cantieri anche gestiti da diverse imprese appaltatrici e la necessaria flessibilità operativa, v. C. Lapp, *La réalisation de l'ouvrage complexe: maîtrise d'ouvrage ou maîtrise d'œuvre*, in *RDI*, 1999, pp. 533 ss.

[53] V. *Code civil*, artt. 1792 ss.

[54] Cfr. P. Chambelland, Y. Rousseau, A. Haloche, *Copropriété et grands ensembles, la construction en volumes*, in *AJPI*, 1981, p. 714; *adde*, *amplius*, con l'ausilio di esempi concreti F. Ausseur, *Les ouvrages immobiliers complexes: les assurances*, in *RDI*, 1999, pp. 546 ss.

[55] M. Faure-Abbad, *La propriété d'un volume*, in *Le proprietà/Les propriétés: dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers*, Napoli, 2015, pp. 153 ss.; N. Le Rudulier, *Le lotissement du ciel – Division en volumes et règles de scission de la*

tuttavia, il *Conseil d'Etat* – in una complessa vicenda in cui una divisione secondaria in comproprietà s'inscriveva in una divisione primaria in volumi – non ha ritenuto, in presenza di una tale situazione, di applicare il regime giuridico della lottizzazione, importante soprattutto per le relative regole in tema di dotazione d'infrastrutture e atti di cessione, in quanto la ripartizione spaziale adottata non realizzava per i soggetti coinvolti un'attribuzione di porzioni del suolo naturale della particella catastale coinvolta né in proprietà, né sotto altra forma di godimento esclusivo e particolare[56].

b. *La gestione dei rapporti tra proprietari negli insiemi immobiliari complessi*

In assenza dell'applicazione del dettagliato regime giuridico della comproprietà, si palesa la necessità di trovare per via convenzionale diversi mezzi per regolare e gestire efficacemente nel corso del tempo i rapporti e i servizi comuni tra i diversi proprietari all'interno degli insiemi immobiliari: preso atto delle fragilità, in termini di trasmissione e di durata, delle mere obbligazioni personali, questi strumenti giuridici si sono reperiti nelle servitù e nel regime dell'associazione sindacale tra proprietari. A tal proposito, già lo stato descrittivo di cui si è detto, realizzato al momento della divisione in volumi, definisce specificamente – pure prevedendo l'ipotesi di crollo e successiva necessità di ricostruzione – anche un tessuto di servitù unilate-

propriété foncière, in *JCP N*, 2011, n. 1120.

[56] *CE, 30 nov. 2007, n. 271897*, motivando sulla base di una stretta applicazione letterale del testo legislativo; si osservi tuttavia la definizione di *lotissement* oggi adottata dall'articolo L-442-1 del *Code de l'urbanisme*: "Constitue un lotissement la division en propriété ou en jouissance d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contiguës ayant pour objet de créer un ou plusieurs lots destinés à être bâtis", decisamente più ampia rispetto a quella allora contenuta dall'articolo R-315-1 dello stesso codice, oggetto di valutazione da parte del giudice: "Constitue un lotissement au sens du présent chapitre toute division d'une propriété foncière en vue de l'implantation de bâtiments qui a pour objet ou qui, sur une période de moins de dix ans, a eu pour effet de porter à plus de deux le nombre de terrains issus de ladite propriété".

rali o reciproche[57] (di appoggio, sostegno, scarico, passaggio, veduta, rispetto della conformazione complessiva dell'immobile, ecc., corredate eventualmente dell'ulteriore gravame della loro manutenzione) tra spazi e tra categorie e raggruppamenti di spazi destinati a essere variamente assegnati in proprietà[58], nonché, a carico dei diversi proprietari, quali cominceranno a sussistere con le prime alienazioni, ulteriori obblighi *propter rem* quali regole di utilizzo, organizzazione e destinazione sia dei volumi oggetto di appropriazione individuale, sia dei servizi collettivi, e ancora regole di ripartizione delle spese e di altri carichi di gestione, riparazione e manutenzione. L'opponibilità anche di questi obblighi agli acquirenti degli spazi e ai loro sub-acquirenti si determina ancora attraverso la redazione del *cahier*, oggetto di pubblicità immobiliare, precisando ulteriormente gli stessi negli atti di alienazione e sub-alienazione[59]. Si è criticata in dottrina la prospettabilità di simili obbligazioni *propter rem*, sulla base del divieto di servitù personali di cui all'art. 686 del *Code civil*, e la sua stessa utilità, ritenendo che tutti i gravami necessari per la stabile tenuta e il buon funzionamento dell'insieme possano essere ricondotti a servitù prediali

[57] Si concepisce così una visione d'avanguardia della servitù, esercitabile su un bene immobile incorporale, qual è un volume spaziale: v. N. Le Rudulier, *La servitude collective entre volumes: les rapports de droit privé et de droit public*, in C. Manson, Y. Tremorin, *Les servitudes collectives et la propriété privée*, Parigi, 2017, pp. 78-79.

[58] A questo proposito, si può evocare la nozione, ancora fluida e dibattuta, di servitù "collettive", intese nel senso non solo di contemplare una pluralità di fondi serventi e/o dominanti, ma, più incisivamente, idonee a dar luogo a una vera e propria rete di servitù all'interno di un gruppo determinato o collettività, che giova e/o è gravato dal diritto, al cui interno, in virtù di un interesse comune, sussiste una reciproca dipendenza e che si definisce in rapporto a un insieme di beni immobili in una determinata area geografica: F. Labelle-Pichevin, *Servitudes collectives de droit privé: un aperçu général*, in C. Manson, Y. Tremorin, *Les servitudes collectives et la propriété privée*, Parigi, 2017, p. 21; *adde*: J. Hansenne, *La servitude collective: modalité du service foncier individuel ou concept original ?*, Liège, 1969.

[59] P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, pp. 1228-1230; v. anche p. 1229: "Ce réseau de servitudes demeure intangible, et sa modification requiert l'assentiment des seuls propriétaires intéressés. Aussi des rectificatifs s'avérant parfois nécessaires en cours de construction, par suite de l'évolution des plans, l'aménageur, lors des ventes aux maîtres de l'ouvrage, se fait donner un pouvoir à cet effet. Toutefois, s'il s'agit d'aggraver les charges ou de modifier la consistance des volumes cédés, il lui faut obtenir l'assentiment préalable de ses acquéreurs".

a beneficio di uno o più degli altri volumi[60]. Tuttavia, la legittimità di tali obbligazioni reali si può rinvenire nella disciplina delle associazioni sindacali di proprietari, laddove si prevede che i diritti e obblighi derivanti dalla costituzione dell'associazione sono strettamente connessi agli immobili compresi nel perimetro di essa e seguono tali immobili in qualunque mano essi passino, sino alla dissoluzione dell'associazione o alla riduzione del suo perimetro[61].

In effetti l'altro strumento giuridico, fondamentale per una gestione e un coordinamento stabili dell'insieme immobiliare, subentrando progressivamente all'*aménageur* fino alla sua estromissione con la fine dei lavori, consiste nella creazione di un'associazione sindacale libera tra i proprietari dei volumi[62], quale regolata dall'*ordonnance* n. 2004-632 del primo luglio 2004, eventualmente rivestendo la specifica forma dell'associazione fondiaria urbana di cui agli articoli L-322-1 e seguenti e R-322-1 e seguenti del Codice dell'urbanistica (i regimi giuridici dei due tipi di associazione sono ormai, per quanto qui interessa, praticamente sovrapponibili, a seguito degli ultimi interventi legislativi in materia). Tale ente, istituito a cura dell'*aménageur*, soggetto a obblighi di pubblicità e il cui legale rappresentante sarà eletto dall'assemblea dei soci, disporrà allora conformemente a uno statuto – della cui redazione originale si

[60] R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, p. 109; si tenga conto della possibilità d'imporre obblighi di fare (come di costruzione, manutenzione e ricostruzione) al fondo gravato sulla base del combinato disposto degli articoli 697 ("Celui auquel est due une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver") e 698 ("Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire") del *Code civil*. Cfr. in Italia L.B. Geri, *Oneri reali e obbligazioni* propter rem, 1984, Milano.

[61] Cfr. *ordonnance* n. 2004-632 del 1 luglio 2004, art. 3; v. anche P. Théry, *Ouvrage complexe et relations entre les propriétaires*, in *RDI*, 1999, pp. 500-501; *Cass. 3e civ., 19 févr. 1980, JCP N, II, 1980, 233*.

[62] V. D. Sizaire, *La gestion de l'ouvrage complexe: le recours à l'association foncière urbaine*, in *RDI*, 1999, p. 552: "il faut écarter les cadres société ou association de la loi de 1901, groupements de personnes qui impliquent l'adhésion de tout nouveau propriétaire. L'organisation doit nécessairement avoir un caractère réel, s'imposant aux propriétaires successifs de chacun des volumes. Le choix est dès lors limité".

farà in linea di massima carico l'*aménageur*, determinando le modalità e le maggioranze necessarie per successive revisioni – di poteri d'azione, amichevoli e in giudizio, a tutela della rete di diritti istituiti tra i proprietari, nonché di legittimazione contrattuale per conto dell'insieme immobiliare e di poteri di gestione corrente, di manutenzione, intervento in sostituzione di un associato inadempiente nei propri obblighi, stipulazione di polizze assicurative e successione nelle polizze precedentemente sottoscritte dall'*aménageur*, riparazioni e ricostruzione nell'evenienza di rovina, eventualmente assicurando preventivamente anche tale ipotesi[63]. Visto il quadro prettamente negoziale in cui il modello di costruzione in analisi si sviluppa, il successo dell'intera operazione dipende per una parte importante da una puntuale e dettagliata redazione dello statuto, come di tutti gli altri atti citati. L'adesione all'organo di gestione è stata interpretata essa stessa come una sorta di servitù collettiva che riguarda i fondi compresi nel perimetro, idonea a far sorgere le ulteriori

[63] R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, p. 108; P. Théry, *Ouvrage complexe et relations entre les propriétaires*, in *RDI*, 1999, pp. 500-501; cfr. D. Sizaire, *La gestion de l'ouvrage complexe: le recours à l'association foncière urbaine*, in *RDI*, 1999, p. 556: "Peut faire l'objet d'une association foncière ou syndicale l'entretien d'ouvrages d'intérêt collectif. Cet objet est limité du fait que la division en volumes est une division en propriétés exclusivement divises. Par exemple, l'association n'a pas, par nature, vocation à se charger d'un ravalement général de l'ensemble des façades des constructions édifiées dans différents volumes. L'association pourra procéder à des améliorations, mais dans la même limite : c'est-à-dire dans la limite de l'amélioration de l'exercice des servitudes. […] L'organisation collective pourra intervenir – il faut le prévoir – pour faire effectuer une reconstruction mais, en principe, limitée aux ouvrages et équipements nécessaires au maintien des servitudes". La questione della ricostruzione pone peraltro non poche complicazioni teoriche e pratiche, a partire dalla legittimità o meno dell'esclusione convenzionale della facoltà (*ex* art. 699 del *Code*) del proprietario del fondo servente di liberarsi degli obblighi di fare attraverso il rilascio del fondo e dalle conseguenze giuridiche dell'esercizio di tale facoltà: J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, p. 1765; v. anche N. Le Rudulier, *La servitude collective entre volumes: les rapports de droit privé et de droit public*, in C. Manson, Y. Tremorin, *Les servitudes collectives et la propriété privée*, Parigi, 2017, p. 82, che tenta di superare la controversia attraverso la nozione di servitù collettiva, facendo dell'obbligo di ricostruzione una servitù reciproca in virtù di cui ogni lotto è al tempo stesso fondo servente e fondo dominante, o meglio fondo dominante risulta l'insieme immobiliare stesso, che in caso di rilascio di un fondo dovrebbe acquisire, in vista della ricostruzione, la proprietà del volume abbandonato.

osservate obbligazioni reali e sostegno indispensabile di tutto l'assetto della divisione in volumi[64]. L'associazione può giovarsi, per la riscossione verso i suoi membri dei crediti, in misura di un criterio di ripartizione che figura nel *cahier*, di un'ipoteca legale sui loro immobili compresi nel perimetro, nonché del privilegio immobiliare speciale di cui all'articolo 2374 del *Code civil*. Inoltre, l'ente sarà in linea di massima proprietario di alcuni dei volumi, in quanto occorrente per svolgere la sua missione con modalità diverse da quelle previste per la comproprietà degli edifici: locali comuni e di servizio, nonché lo spazio sovrastante le costruzioni, per il caso di successive soprelevazioni, e quello sottostante, per nuovi scavi che si dovessero rendere utili[65].

c. *L'accoglienza della giurisprudenza*

Già nella giurisprudenza del XIX secolo si riscontravano arresti, pur inquadrabili in una concezione più tradizionale del diritto di superficie, che anticipavano la tematica della scomposizione del dominio dello spazio sovrastante e sottostante il suolo, affermando il carattere di mera presunzione della norma dell'articolo 552: tale era il caso in cui due case tra loro contigue erano alienate dallo stesso soggetto a due diversi acquirenti in uno stato in cui i piani sovrastanti una delle abitazioni, ma non comunicanti con essa, bensì soltanto con i piani corrispondenti dell'abitazione vicina, dipendevano e facevano parte di quest'ultima ed erano quindi oggetto di proprietà separata rispetto al suolo e ai piani inferiori; la presunzione era dunque vinta da tale stato dei luoghi, risultante da un *cahier des charges*[66]. Persino, anticipando davvero molto da vicino la concezione del diritto di superficie alla base della divisione della proprietà in volumi, la *Cour de Cassation* ammetteva e qualificava come superficie il diritto di godimento perpetuo che la città di Amiens si era

[64] N. Le Rudulier, *La servitude collective entre volumes: les rapports de droit privé et de droit public*, in C. Manson, Y. Tremorin, *Les servitudes collectives et la propriété privée*, Parigi, 2017, p. 80.

[65] P. Chambelland, Y. Rousseau, A. Haloche, *Copropriété et grands ensembles, la construction en volumes*, in *AJPI*, 1981, p. 700.

[66] *Cass. civ., 30 nov. 1853, D., 1854, I, 17.*

riservata su alcuni locali della costruzione che sarebbe sorta sopra un terreno da essa venduto… ovvero, praticamente, su un volume d'aria[67]! Con una terminologia interessante, la *Cour de Cassation* affermava inoltre la derogabilità della regola che attribuisce al proprietario del suolo gli spazi sopra e sotto, giudicando che quest'ultimo possa essere scorporato dal terreno in frazioni suscettibili di divenire dominio separato di un terzo come cosa distinta, con o senza (si trattava di un'espropriazione per pubblica utilità, per realizzare un tunnel ferroviario) il consenso del proprietario del suolo[68]. La piena compatibilità con il sistema codicistico di una proprietà dei locali separata da quella del suolo era tenuta ferma dalla giurisprudenza anche più recente, l'avvenuta usucapione di essi essendo sufficiente a paralizzare il meccanismo dell'accessione al suolo senza l'ulteriore necessità di verificare ancora l'esistenza di una divisione dell'immobile o di una comproprietà delle parti comuni per derogare al principio[69]. I giudici si esprimevano anche a favore della proprietà separata di una terrazza che gravava sul tetto della costruzione di un altro soggetto[70], mantenendo al tempo stesso fermo il principio che solo la prova contraria risultante da titolo o usucapione, e non un semplice insieme di presunzioni concordanti, può combattere la presunzione di proprietà del domino del suolo[71].

In seguito alla diffusione della pratica della divisione in volumi e loro successiva cessione a diversi proprietari[72], la *Cour de Cassation* ha avuto modo di avallare la sua liceità – o quantomeno di non contestarla – laddove un orientamento restrittivo sarebbe stato pericoloso per la sicurezza giuridica di tale strumento, che nel frattempo aveva trovato diverse applica-

[67] *Cass. req., 27 avr. 1891, DP, 1892, 1, 219.*

[68] *Cass. civ., 1er août 1866, D., 1866, I, 305*; cfr. *Cass. 3e civ., 20 nov. 1996, n. 95-70091*; *CA Paris, ch. expr., 25 sept 1997, JCP N, 1998, 847.*

[69] *Cass. 3e civ., 11 déc. 1969, Bull. civ. III, n. 832.*

[70] *Cass. 3e civ., 7 oct. 1998, n. 96-18748.*

[71] *Cass. 1re civ., 18 déc. 1967, Bull. civ. I, n. 370*; *Cass. 3e civ., 26 mai 1992, n. 90-22145; Cass. 3e civ., 7 oct. 1998, n. 96-18748; Cass. 3e civ., 12 juill. 2000, n. 97-13107*; *Cass. 1re civ., 23 janv. 2008, n. 07-10457.*

[72] *Cass. 3e civ., 11 oct. 2000, n. 99-10509*; *Cass. 3e civ., 31 mai 2007, n. 06-13071.*

zioni nelle città francesi. L'istanza giudiziaria suprema ha così approvato la possibilità di adottare, attraverso le tecniche finora descritte, un'organizzazione differente e alternativa a quella della legge sulla comproprietà del 1965, purché dallo stato descrittivo si evidenziasse un'eterogeneità di regime giuridico delle frazioni dell'insieme immobiliare, quale risultava in particolare dal fatto che alcune di esse erano organizzate sulla base di una ripartizione in volumi e avevano per base diverse particelle catastali oggetto di diritti di proprietà privativi[73]. Tuttavia, la stessa *Cour de Cassation* ha successivamente precisato un rigido regime probatorio per sottrarsi alle regole della comproprietà, affermando che la diversa organizzazione, pur ammissibile, deve risultare in modo chiaro da una convenzione contraria, altrimenti restando applicabile la disciplina legale: e l'adozione di una differente modalità di gestione non è di per sé provata dalla sussistenza dello stato descrittivo di divisione che di essa è alla base; occorrerà dimostrare un'adesione a un regime convenzionale dell'acquirente del volume, risultando peraltro necessario che lo stato descrittivo, corredato di una precisa spiegazione delle ragioni della scelta della tecnica utilizzata, sia completato dagli ulteriori atti, soggetti a pubblicità, che si sono precedentemente citati (statuto associativo, *cahier*), eventualmente, per semplicità, sottoponendo il tutto a pubblicità immobiliare con un unico atto[74]. Tanto più rilevante risulta pertanto una precisa

[73] *Cass. 3e civ., 17 févr. 1999, n. 97-14368;* v. nota di H. Périnet-Marquet, *Copropriété et ensemble immobilier*, in *JCP*, 1999, *Chronique*, n. 175, p. 1880: "Un ensemble immobilier peut donc être reconnu, malgré l'unité juridique du terrain, dès lors que sont constitués, comme en l'espèce, des espaces en tréfonds, autrement dit des volumes. Des fractions d'immeuble autonomes les unes par rapport aux autres ne peuvent, en effet, apparaître à aucun titre comme des parties privatives d'un ensemble plus vaste"; v. anche *App. Rennes, Ch. 1, sect. A, 22 juin 2004, n. JurisData: 2004-250385*.

[74] V. *Cass. 3e civ., 19 sept. 2012, nn. 11-13679, 11-13789*; C. Atias, *Menace sur la division en volumes?*, in *Rép. Defrénois*, 2012, n. 20, p. 1005: "Dans l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965, le mot « organisation » vise manifestement la seule qualification de la personne morale, et la détermination de ses organes, de leur mode de fonctionnement et de leurs pouvoirs. L'état descriptif de division – qu'il porte sur un immeuble en copropriété ou sur un immeuble divisé en volumes – n'a pas, en lui-même, de valeur conventionnelle ; il ne peut avoir un tel objet. […] Il est vrai que, dans les immeubles divisés en volumes, des servitudes sont habituellement constituées dans l'état descriptif de division ; il prend ainsi une valeur conventionnelle. Pourtant,

redazione di tali documenti, con un richiamo nell'atto di vendita ai diritti e obblighi dell'acquirente, in quanto dagli stessi si evidenziano sia le caratteristiche dell'operazione messa in atto, sia che il regime scelto non sia funzionale all'aggiramento delle norme sul condominio di edifici: il rischio è la riqualificazione dell'immobile sotto il regime della comproprietà, con l'appendice fiscale dell'esigibilità del prelievo fiscale previsto in caso di divisione d'immobile e le conseguenze in termini di responsabilità professionale del notaio[75].

Sottosezione II. *Le conseguenze della nuova concezione dell'immobile*

La nuova concezione dell'immobile, sottesa al fenomeno della proprietà in volumi, s'interfaccia con difficoltà con il più diffuso assetto della comproprietà immobiliare. Conseguenza dell'espansione del nuovo modello è però la necessità di un suo rapportarsi con quest'ultimo, alla ricerca di un difficile equilibrio. Inoltre, questa nuova concezione si riflette profondamente sulla visione stessa della proprietà immobiliare, che, quantomeno nei sistemi continentali, è tradizionalmente identificata con un fondo materiale di terra.

A. *Comproprietà e proprietà di volumi: un rapporto difficile*

La gestione di edifici, soprattutto in zone urbane, divisi in locali con differenti titolari, è un problema comune praticamente a tutte le società sviluppate contemporanee. Esso è stato affrontato dal diritto francese con diverse modalità nel corso del tempo, man mano che l'entità della questione si accresceva, senza mai raggiungere un assetto pienamente soddisfacente.

dans ce cas aussi, il faut distinguer le document – l'instrumentum – de l'acte juridique qu'il consigne – le negotium. Seules les clauses instituant les servitudes ont une portée conventionnelle".

[75] J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, pp. 481-482.

Dopo la codificazione del 1804 – che peraltro sul punto non si discostava significativamente dal diritto di matrice consuetudinaria preesistente in alcune città – il principale ostacolo teorico a un'agevole risposta alla problematica risiedeva nella nozione di proprietà individuale assoluta ed esclusiva fatta propria dal Codice, restia a ogni sua limitazione e compressione. Tuttavia, la carenza non aveva in un primo momento significative conseguenze pratiche, in quanto un assetto fondato sulla compresenza in uno stesso edificio di frazioni con titolari diversi non era di larga diffusione[76], concentrandosi soprattutto, per ragioni storiche, nelle città di Grenoble e Rennes. La disciplina del *Code civil* si limitava allora praticamente – a parte l'avallo alla proprietà separata di porzioni di edificio di cui all'articolo 553 – alla regola (dispositiva) dell'articolo 664, che disciplinava soltanto le modalità di riparazione e ricostruzione limitatamente a muri portanti, tetto, pavimenti e scale. Per il resto, con un regime giuridico che col tempo, coi frazionamenti graduali delle proprietà immobiliari e con la Grande Guerra e le sue distruzioni e poi ricostruzioni, si mostrava sempre meno adeguato, ulteriori obblighi tra proprietari potevano sorgere per via convenzionale, ma con il grave limite di non impegnare i successori a titolo particolare nei diritti sui beni in questione. La dottrina e la giurisprudenza avevano preso a leggere con diverse sfumature, nell'assetto disposto dall'articolo 664, invece che una semplice sovrapposizione di proprietà individuali, una forma, eventualmente forzosa[77], d'indivisione[78], assetto non sconosciuto al

[76] E, in ogni caso, perlopiù in situazioni conseguenti a una successione *mortis causa*: C. Beroujon, *Entre droits réels et personnels: la concurrence des prérogatives sur l'immeuble urbain au XIXe siècle*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 137-139.

[77] *Contra*, J.-E. Labbé, *Note sous Cass. civ., 16 déc. 1873*, in *S.*, 1874, I, pp. 457-458. Con l'affermarsi del carattere forzoso di questa indivisione, essa comincia a essere oggetto di considerazione specifica sotto la denominazione, via via autonomizzatasi, di comproprietà: cfr. C. Beroujon, *Entre droits réels et personnels: la concurrence des prérogatives sur l'immeuble urbain au XIXe siècle*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 140-141.

[78] Cfr. C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XI: *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, V ed., Parigi, 1872, pp. 490 ss.; Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de*

Codice, ma in esso concepito come una condizione essenzialmente marginale e precaria, pertanto insufficiente per garantire soluzioni stabili alle problematiche qui considerate[79].

Fu così che si rese necessario un intervento del legislatore nella materia, la cui disciplina fu portata fuori del *corpus* del codice dalla legge del 28 giugno 1938, con l'abrogazione dell'articolo 664 e il primo tentativo di dare uno statuto normativo alla comproprietà degli immobili divisi per appartamenti[80]. Riprendendo una costruzione giuridica già corrente[81], i diritti di ognuno dei soggetti coinvolti erano allora concepiti come l'insieme della proprietà esclusiva di un appartamento e del condominio delle parti comuni e i comproprietari erano organizzati in una struttura sindacale, rappresentante legale della collettività, il cui regolamento e alcune decisioni prese nelle cui sedi erano opponibili a ogni condomino, anche futuro[82]. Tale idea di fondo, sviluppata con l'intento di far fronte alla diffusa conflittualità emersa, è anche alla base della successiva legge del 10 luglio 1965, la cui disciplina della comproprietà si è sostituita a quella del 1938, stavolta con un carattere di maggiore dettaglio e in buona parte imperativa. Tale legge disciplina tuttora la comproprietà degli edifici divisi in locali oggetto di diritti di proprietà individuale e i relativi rapporti giuridici tra soggetti coinvolti, pur oggetto di numerose modifiche – talvolta in senso liberalizzatore, talvolta in senso interventista – che testimoniano

droit civil français d'après la méthode de Zachariae, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, pp. 592 ss.; A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, III ed., Parigi, 1921, pp. 778-780; *contra*, T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Parigi, 1893, pp. 439 ss.

79 F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 506-508.

80 In verità, la legge prevedeva anche un'alternativa all'assetto della comproprietà, ovvero una società volta all'attribuzione in godimento dei vari appartamenti: tale possibilità fu però coronata da un successo piuttosto come strumento transitorio di accesso alla proprietà immobiliare che come sua struttura permanente di gestione, che finiva per ricadere nell'organizzazione della comproprietà: Ph. Simler, *Copropriété et propriété en volumes: antinomie ou symbiose?*, in *Études offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Parigi, 2001, p. 682.

81 Cfr. M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, *Traité pratique de droit civil français: les biens*, t. III, Parigi, 1926, pp. 305 ss.; H. Hébraud, *La copropriété par appartements*, in *RTD civ.*, 1938, pp. 25 ss.

82 F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 508-510.

la difficoltà a stabilizzarsi della regolamentazione di una materia chiamata a contemperare una delicata congerie d'interessi diversi e influenzata dal succedersi delle maggioranze politiche.

Il tema, già più volte evocato, della comproprietà degli edifici in Francia, non può qui trovare una trattazione soddisfacente, essendo regolato da una disciplina dettagliata (in particolare in tema di diritti, obblighi e spese di ogni comproprietario, anche in caso di lavori, migliorie e ricostruzione, con relative garanzie, cessione del lotto di comproprietà, con relative formalità e doveri d'informazione, regolamento condominiale e organizzazione collettiva, con relative vicende, organi e prerogative, pubblicità e opponibilità[83]) meritevole di ben altro approfondimento. Se ne accennerà allora solo per quanto concerne i rapporti con la concezione della proprietà di volumi, salvo prima dedicare brevemente attenzione alla nozione di *lot de copropriété*, in quanto anch'essa emblematica dei fenomeni in atto di dematerializzazione dell'oggetto della proprietà immobiliare.

a. *La nozione di* lot de copropriété

Il *lot de copropriété* è il concetto alla base della disciplina francese del condominio di edifici: esso si rinviene già nel primo articolo della legge del 1965, che fa riferimento a lotti comprendenti ciascuno una parte privativa, oggetto di appropriazione individuale, e una quota-parte di parti comuni, che si trovano in uno stato d'indivisione forzosa[84], concepito, a differenza della concezione tradizionale dell'indivisione, come stabile e durevole nel tempo. La destinazione privativa o comune degli elementi dipende dal criterio del loro utilizzo o utilità, a beneficio di un solo condomino o dell'insieme, o quantomeno di alcuni di essi. In mancanza di titoli contrari, quale potrà risultare in particolare dal regolamento di condominio, o nella loro contraddizione,

[83] Sul tutto questo, v., *ex multis*, F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade, *La copropriété*, Parigi, 2010.

[84] "Indissociabili", nell'attuale redazione dell'art. 1 della legge francese del 1965 sulla comproprietà immobiliare, come modificato dall'art. 206 della legge n. 2018-1021 del 23 novembre 2018.

una serie di parti (suolo, cortili, parchi e giardini, vie d'accesso, muri portanti, tetto, pianerottoli e fondamenta, condotti, altri elementi di dotazione comune quali le parti di canalizzazioni che attraversano anche locali privativi, comignoli, locali destinati a servizi comuni, passaggi e corridoi, ecc.) e di diritti (di sopraelevare, di realizzare nuove costruzioni nei cortili, parchi o giardini comuni, ecc.) a esse accessori si presumono comuni: proprio a disciplinarne l'amministrazione e le modalità di godimento è rivolta la legge del 1965. Nel silenzio o nella contraddizione dei titoli, ogni quota-parte ideale delle parti comuni, vitale per determinare tra l'altro il peso in sede di assemblea e il carico di spese, è proporzionale al valore relativo della parte privativa rispetto all'insieme dei valori delle parti privative, quali risultanti al momento dell'instaurazione della comproprietà dalla consistenza, dalla superficie e dalla situazione dei lotti, senza riguardo al loro utilizzo. Spetta al regolamento di condominio, dal carattere convenzionale, determinare, tra l'altro, la destinazione, le condizioni di godimento e, nel rispetto della legge, le regole di amministrazione delle parti comuni, potendo imporre restrizioni ai diritti dei comproprietari solo in quanto giustificati dalla destinazione dell'immobile risultante dagli atti, dai suoi caratteri e dalla sua situazione[85]. Uno stato descrittivo di divisione, oggetto di pubblicità fondiaria coi relativi obblighi di stesura notarile – documento puramente tecnico e sprovvisto di valore contrattuale secondo l'opinione dominante, che può essere o non essere nella pratica materialmente distinto dal regolamento di comproprietà – riveste a sua volta un ruolo importante per uno o più immobili in regime di comproprietà, con il compito d'identificare lo stesso o gli stessi e operarne la divisione in lotti, individuando precisamente anche ciascuno di essi[86].

[85] In particolare, "[l]a clause de non-concurrence, interdisant l'exercice d'un commerce similaire à celui qui est déjà exercé dans la copropriété, a soulevé des difficultés. Après avoir hésité, la jurisprudence la considère aujourd'hui comme étrangère à la destination de l'immeuble : la clause doit donc être réputée non écrite, sauf lorsque la copropriété constitue un centre commercial, dont la variété des commerces est une nécessité": P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 251.

[86] F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 554-555.

La natura giuridica complessa del *lot de copropriété* ha ben prestato lo stesso a varie e persino divergenti interpretazioni. Una tesi, detta dualista[87], già maggioritaria al momento dell'intervento legislativo del 1965 e confortata dal tenore dello stesso, vede nel soggetto una titolarità simultanea di diritti di proprietà, sulle parti privative, e di comproprietà, sulle parti comuni, facendo dello stesso al tempo stesso un proprietario e un comproprietario; il legame tra questi due diritti, che col tempo si andava affermando come necessario e indissolubile, sarebbe allora impostato sulla base di un'ideale preminenza dello status di proprietario delle parti privative su quello, accessorio[88], di comproprietario delle parti sottoposte a indivisione forzosa[89]. Il lotto di comproprietà consisterebbe allora semplicemente nell'insieme dei diritti di proprietario e, accessori a essi, quelli di comproprietario. In tal senso, il testo della legge del 1965 afferma chiaramente che le parti privative sono oggetto della proprietà esclusiva di ogni comproprietario (articolo 2) e le parti comuni sono oggetto di una proprietà indivisa tra l'insieme dei comproprietari o alcuni di essi (articolo 4), non potendo essere oggetto, separatamente dalle parti privative, di un'azione di divisione o di vendita forzata. In effetti, l'acquisto della situazione di comproprietario è sempre, su un piano degli interessi

[87] Cfr. C. Van Der Merwe, *The Adaptation of the Institution of Apartment Ownership to Civilian Property Law Structures in the Mixed Jurisdictions of South Africa, Sri Lanka and Louisiana*, in *Stellenbosch Law Review*, 2008, p. 304: "Dualistic systems entail one or more of the following innovations depending on the extent to which traditional legal principles have been breached: (1) a clean break with the maxim *superficies solo credit* so as to create a completely new composite entity consisting of an apartment inseparably linked to an undivided share in the common parts of the scheme; (2) the acceptance of an apartment – and not the land – as the primary element of this new composite entity, thus relegating the undivided share in the common parts to only an ancillary part of the new composite entity; and (3) the creation of a completely new type of composite ownership, namely a combination of individual ownership of an apartment coupled with common ownership of the common parts of the scheme".

[88] V. *Cass. 1re civ., 21 nov. 1955, Gaz. Pal., 1956, I, 52*; F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: immeubles par nature*, in *RTD civ.*, 1990, p. 304: "Les parties communes ne sont rien d'autre qu'un prolongement du bien sur lequel le droit d'un co-propriétaire subit le concours du droit des autres co-propriétaires".

[89] Per un quadro riassuntivo di tale teoria, v. F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade, *La copropriété*, Parigi, 2010, pp. 111-112.

dei soggetti coinvolti, strettamente funzionale all'acquisto della proprietà esclusiva della parte privativa[90].

Una seconda teoria, detta unitaria, mette invece all'opposto l'accento sul carattere organico e indivisibile da un lato dell'immobile nel suo complesso, dall'altro di ciascuno dei diritti dominicali su di esso[91]. La componente del diritto vertente sulle parti di uso collettivo, lungi dall'essere un mero accessorio, finisce infatti per comprendere ampie porzioni dell'immobile, e proprio quelle più necessarie alla sua tenuta strutturale e stabilità: una realtà empirica in problematico rapporto con la scienza del diritto, probabilmente destinata sul tema a evoluzioni importanti, quantomeno sul lungo periodo[92]. Il diritto in questione sarebbe allora essenzialmente un diritto di comproprietà sull'e-

[90] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, p. 292.

[91] Per tale teoria, prima della riforma del 1965, v. in particolare, con diverse sfumature, H. Hébraud, *La copropriété par appartements*, in *RTD civ.*, 1938, p. 26: "La coexistence de la propriété privée et de la copropriété est tellement nécessaire pour réaliser la propriété de l'appartement qu'on peut les dire indivisibles. Cette indivisibilité est telle que l'on ne peut pas vraiment attribuer à l'une, par rapport à l'autre, une fonction prédominante"; J. Chevallier, *Commentaire à la loi du 28 juin 1938, tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*, in *D.*, 1939, IV, p. 79: "il existe entre les deux droits un lien nécessaire et beaucoup plus étroit que celui qui unit l'accessoire au principal et […] il s'agit bien de deux éléments d'un seul et même droit : le droit du propriétaire d'appartement"; M. Azoulai, *Le droit de copropriété par appartements*, thèse Paris, 1956; C. Thibierge, *Le statut des immeubles en copropriété*, in *Le notariat et la propriété immobilière moderne, 55e congrès des notaires de France*, Bordeaux, 1957, p. 13F: "les idées ont constamment évolué vers l'accroissement continu du domaine de l'indivision. Cette évolution tend vers la négation du soi-disant droit de propriété divise portant sur les appartements. Chaque copropriétaire serait alors considéré comme titulaire d'un droit unique, un droit de copropriété indivise, mais s'exerçant dans une indivision très spéciale qui se caractérise par son organisation"; A. Piédeliévre, *La copropriété par appartements*, in J. Carbonnier (sotto la direzione di), *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, Parigi, 1963, p. 203: "L'appartement en copropriété n'a pas, en effet, une existence propre", p. 204: "L'unité du droit de copropriété est donc incontestable; on ne concevrait pas que les deux facettes d'un même droit puissent être dissociées" ; cfr. Ph. Simler, *Copropriété et propriété en volumes: antinomie ou symbiose?*, in *Études offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Parigi, 2001, pp. 681 ss.

[92] V. J.-L. Mouray, *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, Parigi, 1970, p. 271: "une institution, celle de la propriété individuelle, absolue, selon l'article 544 du Code civil, sert de façade au moins partielle à une autre institution, celle de la copropriété par appartements, dont les structures, du fait de sa nature même et de la matérialité des choses, sont – et ne peuvent être que – différentes de celles de la première".

dificio, non soggetto ad azione di divisione, con l'ulteriore particolarità di assegnare una prerogativa privativa di godimento e disposizione su uno specifico lotto. Inoltre, è la stessa idea di un diritto di proprietà esclusiva avente per oggetto materiale le parti privative a essere chiamato in causa dalla teoria unitaria, in quanto, tolte le parti comuni, quel che resta si riduce a spazi astratti, beni incorporali: volumi di edificio delimitati dalle pareti esterne e da pavimento e soffitto[93] (tutti comuni), non autonomamente identificabili in quanto necessitano per il loro godimento e per la loro stessa sussistenza materiale delle parti comuni, conformati profondamente dall'interesse della collettività dei soggetti coinvolti. Pertanto, un diritto di proprietà, con le particolarità e i limiti dovuti all'esigenza di consentire l'esercizio dei diritti degli altri membri della collettività, sarebbe esercitato unitariamente da ciascun soggetto sul lotto di comproprietà, bene unico, immobile per natura[94]. Il comproprietario sarebbe dunque il proprietario di un lotto, nozione chiave della legge del 1965, evocata già dal suo articolo 1 che fa riferimento a edifici o gruppi di edifici la cui proprietà è ripartita, tra diverse persone, in lotti comprendenti ciascuno una parte privativa e una quota-parte di parti comuni. Proprio sulla base di una nozione unitaria del lotto una parte della dottrina ha potuto sviluppare la teoria anche dopo l'intervento del legislatore, identificando il diritto di proprietà sul *lot de copropriété* con un diritto reale di tipo nuovo, adattato plasticamente alla sua natura di terreno d'incontro d'interessi individuali e collettivi[95].

[93] Sul carattere spaziale della realtà sostanziale della proprietà immobiliare anche in presenza di un edificio in comproprietà, cfr. R. Savatier, *Propriété par étages et appartements*, in *Les lois nouvelles*, 1927, I, p. 182; R. Savatier, *Limite, au volume occupé par le bénéficiaire, de l'attribution préférentielle prévue par l'article 832 alinéa 6, note sous Cass. 1re civ., 19 juin 1973*, in *RTD civ.*, 1974, p. 644: "Le partage d'un immeuble par appartements se fait, en réalité, en volumes d'espace. Ce qui reste en copropriété n'en est que l'écorce".

[94] P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, pp. 256-257; cfr. *Cass. 3e civ., 15 nov. 1989, n. 87-18188*.

[95] V. F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade, *La copropriété*, Parigi, 2010, pp. 114-115: "Ce droit réel est un *droit autonome* ; il n'est pas semblable au droit de propriété traditionnel [...], il est composé d'un droit de jouissance, en principe exclusif, sur la fraction divise du lot et d'un droit de jouissance, plus limité, parce que commun, sur les choses communes. Mais, c'est un *droit unique* parce qu'il porte sur

Tra le due tesi, *de iure condito* quella unitaria sembra confarsi maggiormente, oltre forse ai sistemi di comproprietà di altri ordinamenti europei[96], alla tradizione delle proprietà simultanee francesi in cui la moderna comproprietà immobiliare può affondare le proprie radici ideali[97], mentre quella dualista appare complessivamente più conforme alla lettera del testo della legge e al suo intento di salvaguardare anche in contesti di crescente urbanizzazione l'idea (l'illusione?) di una proprietà individuale esclusiva: un obiettivo realizzabile soltanto mettendo al centro del modello le parti privative e facendo del resto un mero accessorio di esse. La realtà sociale sembra però allontanarsi sempre più da tale impostazione e l'importanza degli aspetti di vita comune degli immobili urbani è testimoniata dall'abbondante contenzioso giudiziario[98] e dalla necessità continua d'in-

l'*ensemble du lot*. Il n'y a pas un droit de propriété sur la fraction divise et un droit de copropriété sur les parties communes. […] En définitive donc le droit de propriété sur chaque lot constitue un *droit réel de type nouveau*. Comme ce n'est pas un droit analogue au droit de propriété, c'est donc un démembrement de celui-ci".

96 V. C. Van Der Merwe, *The Adaptation of the Institution of Apartment Ownership to Civilian Property Law Structures in the Mixed Jurisdictions of South Africa, Sri Lanka and Louisiana*, in *Stellenbosch Law Review*, 2008, p. 303, nota 47: "Only a few Western European jurisdictions, namely Switzerland, the Netherlands, Austria, and to a lesser extent Germany, adopted the unitary system. In Switzerland, apartment ownership features in the section of the Swiss Civil Code on co-ownership as *copropriété adaptée*, and the right to the exclusive use of an apartment is classified as either a right approximating ownership or as a peculiar servitude *sui generis* Weitnauer *Wohnungseigentumsgesetz* 7ed (1988) pre § I no 17 describes German apartment ownership as "ein besonders ausgestaltetes Miteigentum""; v. anche (stessa pagina): "Unitary systems, or refinements thereof, have been adopted mainly in legal systems which were unwilling to break decisively with the maxim *superficies solo cedit*, and which considered their notion of co-ownership sufficiently nuanced to accommodate exclusive rights of utilization of a particular section or apartment in a building".

97 Cfr. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, p. 267: "La construction coutumière des propriétés simultanées, appliquée à la propriété par étage, relayée par la jurisprudence du XIXe siècle, est aujourd'hui la base de l'organisation juridique de la copropriété bâtie (loi du 10 juillet 1965), modernisée par la personnalité morale du syndicat de copropriétaires. […] Mais la doctrine a oublié l'expérience du passé et se divise sur l'étendue des pouvoirs du copropriétaire, qu'elle analyse par référence à l'exclusivisme, ce qui rend bien difficile la cohérence des solutions".

98 V. Ph. Simler, *Copropriété et propriété en volumes: antinomie ou symbiose?*, in *Études offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Parigi, 2001, p. 679: "La copropriété par lots régie par la loi du 10 juillet 1965 apparaît […],

terventi legislativi, molti dei quali hanno accresciuto il potere degli organi collettivi a discapito del singolo. D'altronde, la tesi unitaria si confronta con la difficoltà di dare una veste giuridica ben definita al suggestivo diritto reale di tipo nuovo evocato. In tale dibattito mai esaurito, si riscontrano in dottrina anche tentativi di operare una sintesi sulla base del riconoscimento di una coesistenza di un diritto di proprietà collettiva, non meramente accessorio, sull'immobile o gruppo d'immobili nel suo complesso e di un diritto di proprietà individuale sul lotto, che a sua volta si costituisce, indissolubilmente[99], di una quota-parte della proprietà indivisa dell'immobile o gruppo d'immobili e di un volume spaziale oggetto di appropriazione esclusiva[100]. Di particolarmente notevole in tale dibattito, ai fini della presente trattazione, v'è l'osservazione che una tendenza alla dematerializzazione dell'oggetto della proprietà immobiliare, palese nella tecnica della scomposizione e attribuzione in proprietà esclusiva di volumi di spazio senza lo stabilirsi di parti comuni, si osserva anche nel quadro dell'assetto alternativo – e di molto più generale diffusione – della comproprietà, in cui si manifesta una diversa ripartizione spaziale avente pur sempre come oggetto un volume tridimensionale: una realtà che nella terminologia del legislatore, sia del 1804, sia del 1938, sia del 1965, è rimasta latente. Il tema della recezione di questa nozione spaziale della proprietà immobiliare, si presenti nella forma più nuda sotto forma di proprietà di volumi, si presenti sotto il velo della figura composita del lotto di comproprietà[101], sembra allora una sfida

dans un cadre législatif contraignant où elle ne trouve pas son équilibre, comme un nid inépuisable de contentieux"; C. Larroumet, *Droit civil, t. II: les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 421.

[99] *Cass. 3e civ.*, *1 mars 2006, n. 04-18547*; *Cass. 3e civ.*, *31 janv. 2007, n. 0612404*; D. Sizaire, *Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi n. 65-557 du 10 juillet 1965)*, in *JCP*, 1969, *Doctrine*, n. 2252, par. 49.

[100] F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 527-528; tra parti esclusive, oggetto di appropriazione privativa, può pertanto concepirsi anche lo stabilimento di servitù, come la *Cour de Cassation*, dopo aver mantenuto un orientamento contrario, ha infine ammesso: *Cass. 3e civ., 30 juin 2004, n. 03-11562*.

[101] La vocazione all'incorporalità del diritto esercitato su un lotto di comproprietà si evidenzia tanto più, quando si ammette che un lotto possa sussistere ancor prima della realizzazione dell'edificio, componendosi di un diritto esclusivo di edificare su una parte del suolo, conformemente al permesso di costruire ottenuto, e

fondamentale della scienza del diritto dell'epoca contemporanea. Nell'uno e nell'altro caso pare quindi che si possa individuare una tendenza comune al riassetto della concezione della proprietà immobiliare nel contesto di un mondo fortemente urbanizzato, nella cui economia un elemento fondamentale di ordine generale è proprio l'indebolirsi dell'attributo di una tangibilità materiale di molti dei beni oggetto di maggiore considerazione.

La tensione tra dimensione individualistica e dimensione collettivistica di ogni esperienza di condominio di edifici – recepita nel Codice civile italiano, che è stato fortemente influenzato in tale materia da autori in lingua tedesca e più volte ritoccato nel corso del tempo – ha attirato l'attenzione anche della dottrina italiana, nell'approcciarsi alla scelta legislativa del 1942 di codificazione del condominio[102], incoraggiandola a mettere l'accento sulla supremazia degli interessi comuni e a prendere atto di un'inattualità del paradigma dell'esclusivismo proprietario a regolare le nuove modalità di organizzazione degli spazi nelle aree urbane in continua espansione[103]. Si è osservato in proposito che

di una quota parte delle parti comuni, tra cui il suolo stesso: *Cass. 3e civ., 15 nov. 1989, n. 87-18188, RTD civ., 1990, 304*. Sulla dematerializzazione del diritto del comproprietario, v. anche D. Sizaire, *Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi n. 65-557 du 10 juillet 1965)*, in *JCP*, 1969, *Doctrine*, n. 2252, par. 48: "Il faut dégager le droit du « copropriétaire » sur sa partie privative de son objet strictement matériel. Ce qui importe c'est moins l'objet du droit que les effets et la valeur de ce droit. […] Le problème n'est pas – dans le cadre de conceptions juridiques élaborées – que la propriété s'identifie nécessairement à un objet matériel. Il suffit que l'appropriation puisse s'exercer ; c'est là une simple question de délimitation. Qu'importe à vrai dire que cette délimitation soit le fait d'un revêtement intérieur n'ayant pas d'existence en dehors d'éléments matériels qui sont l'objet d'une propriété commune".

[102] Già regolato dal Regio decreto-legge n. 56 del 15 gennaio 1934, convertito in legge n. 8 del 10 gennaio 1935; prima ancora, elementi di disciplina si riscontravano agli articoli 562 (di tenore simile all'articolo 664 della redazione originale del *Code civil*), 563 e 564 del Codice del 1865.

[103] S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, pp. 157 ss. Non si può in questa sede affrontare il vastissimo e mai sopito dibattito sulla natura del condominio in Italia. Per un quadro delle teorie sulla natura del condominio nell'ordinamento italiano, si vedano, tra gli altri, G. Branca, *Comunione, condominio negli edifici, art. 1100-1139*, VI ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma,

l'istituto del condominio, pur collocandosi sistematicamente nell'ambito della proprietà, si presenta come fenomeno complesso ed eclettico. Anche con uno sguardo attento alla comparazione giuridica, si potrebbe notare che si assiste ad un'evoluzione, storicamente necessitata, degli istituti della proprietà e della comunione che dà appunto vita ad un istituto ibrido. Ma tale carattere anfibio non costituisce una semplice commistione di aspetti dell'uno e dell'altro istituto, aggiungendo, invece, tratti ulteriori che gli garantiscono un'autonoma «personalità»[104].

b. *I limiti del regime della comproprietà*

Il regime della comproprietà, pur presentando una serie di problematiche tali da non riuscire ad arginare una diffusa conflittualità, sembra nel complesso il più adatto per la maggior parte delle situazioni in cui diversi diritti dominicali insistono su porzioni di uno stesso edificio. In alcune circostanze, però, l'inadeguatezza di tali regole si palesa, rendendo necessario o auspicabile il ricorso a soluzioni alternative, quale, talvolta combinata con una divisione in volumi, è quella dell'associazione sindacale tra proprietari. Quali sono dunque le criticità del regime della comproprietà? Un primo problema sta nella sua radicale incompatibilità con le regole del demanio pubblico, le cui esigenze in contesti urbani da tempo richiedono soluzioni giuridiche adatte a situazioni di sovrapposizione spaziale con

1982, pp. 358 ss.; G. Terzago, *Il condominio: trattato teorico-pratico*, VII ed. a cura di A. Celeste, L. Salciarini, P. Terzago, Milano, 2010, pp. 6 ss.; N. Brutti, *L'istituto del condominio:* ratio *e caratteri distintivi*, in S. Sica (diretto da), *Il condominio*, Bologna, 2012, p. 6: "la dottrina ha ipotizzato una miriade di configurazioni dogmatiche per descrivere la natura giuridica del fenomeno condominio, giustificandolo ora in funzione di un'aspettativa futura sui beni comuni, ora ravvisandovi un ruolo centrale dell'organizzazione, quindi da assimilare ad un ente collettivo, ora ricorrendo alla figura della comunione di tipo germanico, a mani riunite, ora evidenziando la centralità della relazione tra situazioni soggettive (invece che tra quote di appartenenza), caratterizzata dal legame della convivenza in uno stesso edificio di più persone. La giurisprudenza si è invece attestata sulla posizione che il condominio è un ente di gestione, privo di personalità giuridica, operante nell'interesse comune dei partecipanti"; R. Corona, *La "natura giuridica" del condominio*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, pp. 59 ss.

[104] N. Brutti, *L'istituto del condominio:* ratio *e caratteri distintivi*, in S. Sica (diretto da), *Il condominio*, Bologna, 2012, p. 5.

spazi appartenenti a privati. Un'altra difficoltà risiede nella possibile opportunità di un regime convenzionale in grado di funzionare già nel periodo della costruzione[105]: questo risultato si consegue con una certa efficacia con la tecnica alternativa della divisione in volumi in proprietà esclusiva, anche se, nel corso del tempo, si è anche affermata la prassi, recentemente recepita dal legislatore stesso[106], di divisione in lotti transitori di comproprietà, le cui parti privative consistono nel diritto esclusivo di edificare su una porzione di suolo comune, con vocazione a convertirsi nel successivo acquisto in via definitiva della proprietà delle opere realizzate[107]. In generale, poi, le regole di gestione della legge del 1965, caratterizzate da una certa rigidità, sembrano tanto più adatte in presenza di un numero contenuto di comproprietari – coinvolti o facilmente coinvolgibili in una discussione assembleare sulle vicende oggetto di amministrazione comune – e tanto meno quando essi, in insiemi immobiliari di grandi proporzioni, raggiungono numeri considerevoli e presentano esigenze diversificate[108]. Anche la compresenza di locali destinati ad attività significativamente variegate può essere un elemento di tensione. Difficoltà possono pure nascere dalle resistenze giurisprudenziali allo stabilimento di servitù all'interno di una comproprietà, che i giudici supremi hanno finito per ammettere, ma tra le sole parti privative di lotti differenti[109]. Il regime legale risulta anche poco adatto a situazioni in cui l'operazione immobiliare proceda per blocchi di acquisizioni successive delle particelle coinvolte nell'area oggetto d'interesse

[105] J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, pp. 461-462.

[106] V. l'attuale redazione dell'art. 1 della legge francese del 1965 sulla comproprietà immobiliare, come modificato dall'art. 206 nella legge n. 2018-1021 del 23 novembre 2018.

[107] Cfr. *Cass. 3e civ., 15 nov. 1989, n. 87-18188; Cass. 3e civ., 14 nov. 1991, n. 89-21167*, nonché l'articolo 37-1 del testo attuale della legge del 1965.

[108] B. Leclercq, *Les ensembles immobiliers*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 433 ss.

[109] *Cass. 3e civ., 30 juin 2004, n. 03-11562*; precedenti a tale sentenza e al mutamento giurisprudenziale a cui essa ha dato avvio, v. le riflessioni di P. Théry, *Ouvrage complexe et relations entre les propriétaires*, in *RDI*, 1999, pp. 496 ss.; per l'orientamento precedente, cfr., *ex ceteris*, *Cass. 3e civ., 6 mars 1991, n. 89-14374*.

e comunque quando, nell'intento di apportare in corso d'opera aggiustamenti e modifiche al progetto, sia d'impedimento procedere sin dall'inizio alla redazione di uno stato descrittivo di divisione e di un regolamento di comproprietà comprendenti tutto lo spazio che si utilizzerà[110]. Un problema più specifico si pone infine nel caso in cui si renda opportuna l'alienazione di parti comuni o la costituzione di diritti reali sulle stesse, assumendo la decisione in conformità delle regole previste dal legislatore[111]: il fatto che le parti comuni siano gravate, in ragione dei relativi millesimi, delle ipoteche iscritte sulle parti esclusive può rendere l'operazione alquanto difficoltosa[112].

Passate brevemente in rassegna alcune criticità del regime della comproprietà, sarà ora bene analizzare l'ambito di applicazione dello stesso, quale prescritto dalla legge del 1965, per comprendere quando e come, in presenza delle problematiche che si sono viste, sia possibile optare per un assetto alternativo, quale l'associazione sindacale libera[113], che ben si adatta – talvolta accompagnandovisi – all'utilizzo della tecnica della divisione in volumi[114]. L'ambito di applicazione si ricava in termini generali dal primo articolo della legge[115], ove si prescrive che la stessa disciplina ogni immobile edificato, o gruppo d'immobili edificati ("comproprietà orizzontale"), la cui proprietà

[110] P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1220.

[111] Loi n. 65-557 del 10 luglio 1965, art. 16, c. 1: "Tous actes d'acquisition ou d'aliénation des parties communes ou de constitution de droits réels immobiliers au profit ou à la charge de ces dernières, à la condition qu'ils aient été décidés conformément aux dispositions des articles 6, 25 et 26, sont valablement passés par le syndicat lui-même et de son chef".

[112] P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1220.

[113] *Cass. 3e civ., 19 févr. 1980, JCP N, II, 1980, 233*; *Cass. 3e civ., 1er févr. 1989, Bull. civ. III, n. 28*; *Cass. 3e civ., 8 févr. 1995, Bull. civ. III, n. 42*.

[114] V. C. Atias, *Menace sur la division en volumes?*, in *Rép. Defrénois*, 2012, n. 20, p. 1006: "L'immeuble divisé en volumes n'est pas seulement matériellement hétérogène. Les volumes y sont définis comme des biens indépendants en droit ; les relations entre ces volumes sont comparables à celles des fonds mitoyens et des fonds dominants et servants. La convention qui le régit est à l'origine d'une situation juridique différente de celle qu'envisage le statut de la copropriété. La raison d'être de ses dispositions ne se retrouve donc pas".

[115] A rigore, peraltro, non compreso tra gli articoli indicati esplicitamente come inderogabili dall'articolo 43 della legge stessa.

sia ripartita, tra diverse persone, in lotti comprendenti ciascuno una parte privativa e una quota-parte di parti comuni, indissociabili; è precisato che, in mancanza di convenzione contraria che dia luogo a una diversa organizzazione, la legge si applica anche agli insiemi immobiliari che, oltre a terreni, strutture e servizi comuni, comportano la presenza di particelle, edificate o non, oggetto di diritti di proprietà privativi. Si evidenzia allora il carattere generale e residuale delle disposizioni legislative, a cui gli insiemi immobiliari complessi possono sì sottrarsi, ma l'applicazione della legge è esclusa solo dalla prova dell'esistenza di un differente meccanismo convenzionale. Perché si abbia un insieme immobiliare, e non soltanto un gruppo d'immobili, il criterio distintivo non risiede nella dimensione, bensì nell'eterogeneità dell'assetto giuridico delle particelle coinvolte, parzialmente o interamente sottratto all'indivisione[116]: altrimenti, in presenza dei presupposti indicati dalla legge, dovrà

[116] V. *App. Paris, 26 oct. 1983, D., 1984, IR, 379*; *App. Aix-en-Provence, Ch. civ. 4, 16 avr. 1992, RDI, 1993, 115*: "l'élément caractéristique de l'ensemble immobilier est le fait que la totalité des terrains d'assiettes des constructions ne sont pas placés sous un régime unique d'indivision forcée entre les bâtiments comme dans le cas d'un groupe d'immeubles bâtis ; […] ils font au contraire l'objet d'appropriations différentes, de droits privatifs distincts", quale in particolare il diritto reale "d'utiliser une parcelle, une surface déterminée pour y édifier des bâtiments à leur usage exclusif, l'ensemble des immeubles construits dans ces conditions bénéficiant d'un certain nombre d'éléments d'équipement d'intérêt collectif"; *Cass. 3e civ., 17 févr. 1999, n. 97-14368*; ma si ricordi l'orientamento probatorio restrittivo in tema di creazione di un'organizzazione differente affermatosi in rapporto alla divisione in volumi con *Cass. 3e civ., 19 sept. 2012, nn. 11-13679, 11-13789*, ma già presente in *Cass. 3e civ., 27 mars 1996, Loyers et copr., 1996, 322*, nonché in *Cass. 3e civ., 11 févr. 2009, Administrer, 2009, n. 421, 54*; cfr. C. Atias, *Copropriété des immeubles bâtis*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2014, p. 13: "L'hétérogénéité peut être confirmée par la diversité des régimes juridiques des constructions. Certains bâtiments peuvent être soumis au statut de la copropriété, tandis que d'autres sont loués, appartiennent à une société ou sont édifiés sur des lots de lotissiment"; critica le ambiguità della nozione di eterogeneità J. Lafond, *Volumes et copropriété*, in *JCP N*, 2007, n. 1246, par. 30: "il existe encore de nombreuses zones d'ombre quant à cette notion « d'hétérogénéité ». Et les conclusions que l'on peut tirer de cette jurisprudence, qui retient avant tout comme critère de l'hétérogénéité les modes d'appropriation du sol, sont en définitive peu éclairantes. On est alors conduit à des recherches hasardeuses. Faut-il s'attacher avant tout à la conception architecturale de l'immeuble ? L'hétérogénéité résulterait alors du fait qu'il est implanté sur différents niveaux, qu'il comporte des bâtiments de gabarit différent, avec des décrochements, des imbrications etc. Ne peut-on également prendre en compte l'hétérogénéité des affectations dévolues à telles ou telles parties de l'immeuble ?".

essere adottato il regime della comproprietà, in questo caso detta "comproprietà orizzontale", eventualmente costituendo, nei casi e con le modalità consentite dalla legge (articolo 27 della legge sulla comproprietà degli edifici), oltre all'ordinario sindacato dei comproprietari, ulteriori sindacati secondari in seno a quello primario, raggruppando gruppi di comproprietari secondo un criterio di prossimità[117]. In generale, pertanto, per definire la ripartizione degli ambiti della comproprietà immobiliare e della tecnica della divisione in volumi, occorre riguardare alle condizioni di applicazione indicate dall'articolo primo[118] e, in particolare, al requisito della ripartizione tra più persone in lotti comprendenti una parte privativa e una quota di parti comuni[119]. Di conseguenza, in assenza di parti comuni, come può essere il risultato della tecnica della divisione in volumi oggetto di appropriazione esclusiva[120], non troverà applicazione il regime della legge del 1965, estraneo a questa diversa modalità di ripartizione dello spazio che non prevede la costituzione di parti comuni[121], purché, naturalmente, l'operazione non sia

[117] Sulla nozione di condominio complesso o "supercondominio" nell'ordinamento italiano, v., *ex ceteris*, diffusamente, A. Ferrari, *Il condominio in generale*, in A. De Renzis *et alii*, *Trattato del condominio*, III ed., Padova, 2008, pp. 23 ss.; A. Gambaro, *Il supercondominio*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, pp. 103 ss.

[118] Cfr. la proposta di riformulare e specificare l'ambito di applicazione della legge del 1965 in appendice al citato progetto di riforma del diritto dei beni francese, n. IV, in part. art. 1-3: "La présente loi s'applique également aux ensembles immobiliers implantés sur plusieurs terrains ou réalisés dans plusieurs volumes lorsque la propriété ou la gestion de leurs éléments communs n'a pas fait l'objet d'une organisation différente".

[119] *Cass. 3e civ.*, *3 juill. 1984, n. 82-16883*.

[120] Cfr. *Cass. 3e civ.*, *26 juin 1979, Bull. civ. III, n. 141*; *Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, Administrer, 2010, n. 429, 56*; *CA Paris, 23e Ch., sect. A, 1er oct. 1985, RDI, 1986, 100*.

[121] *App. Rennes, Ch. 1, sect. A, 22 juin 2004, n. JurisData: 2004-250385*; *Cass. 3e civ.*, *8 sept. 2010, n. 09-15554*, su cui v. le riflessioni in nota di H. Périnet-Marquet in *JCP*, 2010, *Chronique*, n. 1162, p. 2188: "L'ensemble immobilier est une des hypothèses d'utilisation des volumes. Il n'en est pas la seule. Rien n'empêche de faire un état descriptif de division en volumes dans des cas plus simples, sans dalle ni domaine public. La validité d'un tel montage est alors simplement liée, comme le précise la Cour de cassation dans l'arrêt considéré, à l'absence de parties communes entre les volumes crées"; F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade, *La copropriété*, Parigi, 2010, pp. 26 ss.; C. Atias, *Menace sur la division en volumes?*, in *Rép. Defrénois*, 2012, n. 20, pp. 1006-1007; P. Déchelette-Tolot, *La division en volume:*

volta alla frode alla legge stessa[122] o alla disciplina delle lottizza-

vers la sortie du statut de la copropriété, in *Administrer*, 2015, n. 491, p. 25: "On peut s'interroger sur la possibilité de prévoir la division en volumes d'un bâtiment unique qui répondrait à l'exigence de convention contraire créant une organisation différente. On pourrait imaginer un immeuble composé d'un volume de parking, d'un volume de bureaux et d'un volume d'habitation, les volumes étant superposés. Une hétérogénéité fonctionnelle résulterait d'un tel découpage. L'hétérogénéité structurelle résulterait de droits de propriété privatifs distincts attachés à chacun des cubes"; favorevole all'orientamento liberale in tema di divisione in volumi (ma, nell'incertezza, suggerendo alla pratica una certa prudenza), v. anche J. Lafond, *Volumes et copropriété*, in *JCP N*, 2007, n. 1246; mentre precedentemente sembravano più per l'orientamento restrittivo, problematizzando la questione, J. Lafond, B. Stemmer, *Code de la copropriété*, Parigi, 1995, p. 22; pure restrittivo, sulla base di considerazioni sistematiche, W. Dross, *Droit des biens*, II ed., Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 302-303. In definitiva, deve registrarsi il persistere di diversi approcci dottrinali; laddove la giurisprudenza raramente ha avuto modo di esprimersi direttamente su molte questioni, la pratica ammette perlopiù con una certa larghezza l'utilizzo della tecnica dei volumi, spesso senza troppa attenzione alla terminologia e all'apparato concettuale usati. Allora, mentre alcuni autori tendono a identificare l'utilizzo della tecnica con i soli insiemi immobiliari complessi (ed, eventualmente, con le situazioni di presenza di vincoli di demanialità pubblica), intesi come opere di una certa estensione caratterizzate dall'attributo (a sua volta, variamente definito) dell'eterogeneità, altri, pur mantenendo apparentemente tale identificazione, adottano definizioni molto estensive d'insieme immobiliare complesso, ritenendo nei fatti tale ogni immobile organizzato secondo un assetto diverso da quello della comproprietà degli edifici, soggettivizzando l'attributo dell'eterogeneità (cfr. J. Lafond, J.-M. Roux, *Code de la copropriété 2017*, Parigi, 2016, pp. 11-12); altre voci ancora – con un approccio che appare più semplice e rispondente alla pratica e agli orientamenti della giurisprudenza in tema di limiti dell'organizzazione in condominio – sulla base di una lettura sistematica delle disposizioni dell'articolo primo della legge del 1965 riscontrano negli insiemi immobiliari solo uno dei possibili casi di utilizzo della divisione in volumi, ammettendo in generale l'impiego della tecnica ogniqualvolta sia adottato un assetto differente da quello dell'indivisione delle parti di utilità comune, nel limite di buon senso dell'adeguatezza alla situazione concreta.

[122] V. Ph. Simler, *La création de l'ouvrage complexe: ouvrages complexes et droit de propriété*, in *RDI*, 1999, p. 494: "en présence d'immeubles homogènes, qui seraient susceptibles de répondre au schéma de l'alinéa 1er de cette loi, l'hésitation est plus forte et le risque d'allégation de fraude à la loi plus grand. Serait assurément frauduleux le montage consistant à constituer, dans un immeuble à usage exclusif d'habitation autant de volumes que de lots, à seule fin d'échapper au carcan du statut de la copropriété. […] Rien ne doit au contraire empêcher de constituer en volumes des entités correspondant à des affectations différentes, donc à des besoins différents, par exemple en dissociant un volume de locaux commerciaux ou professionnels d'un volume réservé exclusivement à l'habitation"; D. Sizaire, *Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis*, in *JCP*, 1988, *Doctrine*, n. 3367, nn. 9-10: "le recours à la division en volumes doit rester sinon exceptionnel, tout au moins limité. Pour recourir à ce type de division, il faut des raisons qui peuvent tenir notamment aux particularités de l'affectation, de l'utilisation et de la gestion de certaines parties de l'immeuble".

zioni[123]. Dato il criterio di determinazione del confine tra le sfere di applicazione dei due assetti alternativi, se ne deve in definitiva riconoscere un certo carattere flessibile e mobile, adattabile alle esigenze delle diverse situazioni concrete[124], a condizione di mantenersi nel rispetto dei principi di diritto che regolano la materia[125]. A una qualche indeterminatezza delle frontiere tra le due figure contribuisce anche una certa vaghezza della terminologia impiegata nella prassi dei notai e, talvolta, nella stessa giurisprudenza.

c. *La sovrapposizione dei due sistemi di organizzazione degli immobili in comproprietà e in volumi*

Finora si sono presi in considerazione i due sistemi della comproprietà e della divisione in volumi come alternativi e, se così si può dire, rivali[126]: due diverse risposte che possono essere date alle istanze poste dalla compresenza in uno stesso immobile o insieme immobiliare di diverse situazioni dominicali, due risposte caratterizzate da regimi giuridici del suolo differenti, quali si evidenziano in sede di pubblicità fondiaria[127]. Si pone conclusivamente il problema dell'eventuale convivenza e sovrapposizione di questi due sistemi: nello specifico, è possibile, in seguito a una divisione, articolare un volume in lotti di

[123] H. Périnet-Marquet, *Note sous Cass. 3e civ., 8 sept. 2010, n. 09-15554*, in *JCP*, 2010, *Chronique*, n. 1162, p. 2188.

[124] Per un possibile utilizzo della tecnica della divisione in volumi al fine d'installare pannelli fotovoltaici sul tetto di edifici, v. H. Périnet-Marquet, *Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque*, in *RDI*, 2010, pp. 352 ss.

[125] D. Sizaire, *La technique de la division en volumes et le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, in *Administrer*, 1998, n. 300, pp. 21-22.

[126] Per C. Atias, *Guide de la propriété en volumes immobiliers*, Aix-en-Provence, 2012, p. 17, mentre "le trait distinctif du lot de copropriété demeure le lien étroit instauré à titre perpétuel, tant par la réalité matérielle que par la répartition de la propriété entre les parties privatives et les parties communes […] c'est précisément l'absence d'un tel lien qui caractérise le bien immobilier volumétrique".

[127] V. A. Fournier, *Division en volumes et copropriété: un lot de copropriété ne peut pas être divisé en volumes*, in *JCP N*, 1999, p. 423: "Au regard de la publicité foncière, on observera que le rattachement des lots volumes à une parcelle cadastrale de base n'a pas d'autre finalité que l'identification des lots (adresse topographique des lots volumes), sans conférer bien entendu aucun droit sur cette parcelle, à la différence des lots de copropriété".

comproprietà? Ed è possibile, viceversa, scomporre in volumi un lotto di comproprietà? Alle due questioni si è data nel modello giuridico francese una diversa risposta. Il diritto reale su uno spazio geometricamente determinato, che si voglia ricondurre a un diritto di superficie o semplicemente a un nuovo modo di concepire l'oggetto della proprietà immobiliare, può ben costituire, in luogo del suolo, una parte comune ai sensi della legge 1965[128]. Tale fenomeno si è peraltro manifestato sin dalle prime esperienze d'insiemi immobiliari complessi[129], che talvolta si trovavano a inglobare porzioni di suolo e di spazio già organizzate secondo l'assetto della comproprietà immobiliare; da subito ha trovato affermazione la prassi di far rappresentare le comproprietà dal legale rappresentante delle stesse e non dai singoli comproprietari, pur non senza dubbi applicativi[130]. La

[128] J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, p. 1763.

[129] Anche, nella pratica, in situazioni in cui i diversi edifici siano destinati a funzioni omogenee, in quanto il promotore preferisca, in ogni caso, "constituer en copropriétés séparées les différents bâtiments, moyennant l'apport de l'assiette foncière à une personne morale distincte – généralement une association syndicale libre – et la création de droits de superficie distincts, évitant ainsi la mise en place de copropriétés trop vastes et difficiles à gérer, ainsi que, dans le cas de la réalisation progressive du programme immobilier, la constitution de lots transitoires au statut incertain": Ph. Simler, *Copropriété et propriété en volumes: antinomie ou symbiose?*, in *Études offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Parigi, 2001, p. 688. Attualmente, la legge (loi n. 65-557 du 10 juillet 1965, art. 28, IV, nella redazione di oggi) fa riferimento, ai fini della procedura di transizione dalla coproprietà alla divisione in volumi, a "un ensemble immobilier complexe comportant soit plusieurs bâtiments distincts sur dalle, soit plusieurs entités homogènes affectées à des usages différents, pour autant que chacune de ces entités permette une gestion autonome".

[130] V. P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1233; R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, p. 110: "Or il est relativement facile, dans un accord général, de décider que le syndic de l'immeuble en copropriété représentera, dans une telle opération, les « copropriétaires » des différents lots de l'immeuble, et continuera à les représenter dans l'association syndicale du grand ensemble, avec un nombre de voix fixé de manière à se rapprocher du nombre de voix qu'auraient eues les propriétaires de ces lots, si ceux-ci avaient constitué des volumes directs du grand ensemble. Mais comment faire s'il n'y a pas unanimité ? Le syndic, et même l'assemblée ont-ils pouvoirs pour passer outre, et engager les « copropriétaires » ? Alors d'ailleurs que l'adhésion au grand ensemble implique sur leurs « lots », la création de servitudes prédiales nécessaires à son fonctionnement. Il est désirable qu'un texte législatif

divisione in volumi avrà in tal caso il ruolo di una divisione primaria, al cui interno si realizzerà un'ulteriore divisione secondaria in lotti di comproprietà, a ciascuna divisione corrispondendo uno stato descrittivo[131].

Si ritiene che invece non sia ammissibile il fenomeno inverso, ovvero che un lotto di comproprietà non possa al suo interno essere scomposto in volumi. La divisione in volumi è un assetto che, differenziandosi nella sostanza da quello della legge del 1965, non comporta mai la presenza di parti comuni indivise tra i proprietari dei volumi[132], ogni spazio avendo un suo proprietario esclusivo o, al limite, come si è appena visto, una collettività di comproprietari, i cui diritti sono indivisi soltanto tra loro, senza alcuna commistione con i diritti dei proprietari di altri volumi. Uno stato descrittivo che associ ai diversi volumi quote-parte di parti comuni indivise è dunque intimamente problematico e contraddittorio, con una sovrapposizione

favorise la possibilité de cette adaptation".

131 Cfr. A. Fournier, *Division en volumes et copropriété: un lot de copropriété ne peut pas être divisé en volumes*, in *JCP N*, 1999, p. 423: "La division d'un lot volume en lots de copropriété doit faire également l'objet d'un état descriptif de division propre à ce lot volume (division secondaire), complément de l'état de division en volumes déjà publié ou dont la publication est requise simultanément"; v. anche raccomandazione n. 5 (aggiornata nel 2008) della *Commission relative à la copropriété*, <http://www.jpm-copro.com/Recommandation%2005.htm>, che tra l'altro raccomanda di numerare i volumi, nello stato descrittivo primario, per decine, centinaia, migliaia di unità, per rendere così disponibili, per identificare in sede di divisione secondaria i diversi lotti di comproprietà, i numeri intercorrenti (per esempio, lotto 101, 102, 103… ovvero 1001, 1002, 1003…).

132 Raccomandazione n. 5 (aggiornata nel 2008) della *Commission relative à la copropriété*, <http://www.jpm-copro.com/Recommandation%2005.htm>; tuttavia, la prassi non sembra particolarmente rigorosa sul punto, dando luogo a porzioni oggetto di proprietà indivisa (comunque, non con riferimento a componenti essenziali come il suolo, le fondamenta, i muri portanti) anche nel quadro di assetti di divisione spaziale in volumi oggetto di proprietà esclusiva; la giurisprudenza ha talvolta avallato simili pratiche, contribuendo da un lato all'estensione, dall'altro a una certa indeterminatezza dell'ambito di applicazione di tale tecnica: v. *Cass. 1re civ., 23 janv. 2008, n. 07-10457*; *Cass. 3e civ.*, *18 janv. 2012, n. 10-27396*, su cui v. nota di C. Atias in *AJDI*, 2012, p. 278: "L'existence d'une partie commune n'impose donc pas la soumission à cette sorte de droit commun impératif de la propriété immobilière collective qu'est devenu le statut de la copropriété. Mieux, les lots volumétriques peuvent en comporter une quote-part indivise ; […] Le domaine de la propriété volumétrique paraît ainsi s'étendre relativement. En définitive, le recours à cette solution dérogatoire semble admis dès lors que ni le sol ni le gros œuvre des édifices ne sont l'objet d'une propriété indivise".

confusionaria dei due assetti tale da pregiudicare anche i diritti dei terzi in ragione della situazione d'incertezza che ne deriverebbe[133]. D'altronde, la giurisprudenza rifiuta pure, in una comproprietà, la possibilità di lotti privativi disgiunti da una quota-parte delle parti comuni[134], precludendo anche che una divisione in volumi di un lotto di comproprietà possa realizzarsi attraverso un tale assetto. Sembra pertanto da escludere che una divisione in volumi possa costituire una divisione secondaria nel quadro di un assetto primario di comproprietà ai sensi della legge del 1965[135].

Altro discorso, cui si è già fatto cenno, e che si pone su un piano piuttosto concettuale-sistematico che tecnico-pratico, è invece quello di chi tenta di rileggere anche l'assetto legislativo della comproprietà passando per la nozione di Savatier di proprietà immobiliare portante su volumi di spazio, coniugando su un piano teorico le nozioni di proprietà spaziale e di condominio degli edifici e reinterpretando sostanzialmente quest'ultimo come un'estrinsecazione della prima, che vede coesistere cubi d'aria oggetto di appropriazione esclusiva e strutture portanti in comproprietà[136]. Peraltro, nell'ottica del comparatista, chiamato a non lasciarsi travolgere dalle formulazioni dogmatiche interne alla cerchia degli studiosi di un ordinamento giuridico, alcune delle distinzioni utilizzate dai giuristi francesi per giustificare il proprio sistema possono apparire in una certa misura artificiose. La lettura corrente, che si è fondata sul dettato legislativo via via formatosi in tema di comproprietà immobiliare in Francia, segue binari che evitano la nozione di diritto di superficie, la cui aura d'istituto di eccezione mal si addice a un assetto concepito

[133] *TGI Lyon, 29 mai 1995, JCP N, 1999, 423.*

[134] *Cass. 3e civ., 29 nov. 1972, n. 71-12576*; J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, pp. 500-501.

[135] V. D. Sizaire, *Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis*, in *JCP*, 1988, *Doctrine*, n. 3367, par. 10: "la division en volumes est essentiellement une division primaire, le détail relève du statut de la copropriété".

[136] Agli autori già citati in sede di esposizione della teoria unitaria del condominio, *adde* Ph. Simler, *Copropriété et propriété en volumes: antinomie ou symbiose?*, in *Études offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Parigi, 2001, pp. 691-693

come di portata generale negli agglomerati urbani; l'impostazione che vede nel diritto di superficie anche o solo un diritto sul suolo altrui si scontrerebbe inoltre, volendo qualificare il condomino come un fenomeno superficiario, con il sussistere del principio *nemini res sua servit*[137]. Tuttavia, al di là del patrimonio di concetti correntemente evocati dai giuristi francesi, riprendendo la più ampia nozione di dissociazione giuridica dell'immobile – il cui campo è tradizionalmente coperto soprattutto dal diritto di superficie, ma che oggi si esplica anche in forme più variegate che la cultura giuridica transalpina ha evitato di associare a tale figura – si evidenzia come la comproprietà immobiliare in tale ordinamento sia senz'altro uno strumento di realizzazione di questa dissociazione, un affievolimento della pretesa forza trainante sull'intero sistema della teoria dell'accessione di portata e diffusione tali da erodere già significativamente il modello di proprietà codicistico, prima ancora che si manifestassero i grandi insiemi immobiliari. L'illusione dell'acquirente di un appartamento di essere a tutti gli effetti un proprietario come concepito nel *Code* si scontra con una realtà che, pur nella scelta di mantenere le distanze da un modello collettivistico, realizza un ibrido dall'equilibrio piuttosto precario, fondato su una dissociazione giuridica dell'immobile, che sembra votato a future ulteriori mutazioni fino a una fase di nuova stabilizzazione degli assetti dominicali, i cui connotati – piuttosto improntati a una rivincita dell'individualismo o a nuove forme di collettivismo o ad altro ancora? – è difficile oggi prevedere. In Italia, peraltro, un più definito e circoscritto modello del diritto di superficie, ridu-

137 Per contro, nella dottrina italiana, sul punto osserva G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1486, che "la proprietà del singolo appartamento spetta per intero al comproprietario mentre l'area appartiene insieme *pro indiviso* a tutti i comproprietari, sicché sussiste la necessaria differenza di regime giuridico"; più recentemente, G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 27; nello stesso senso, già G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 572-573; v. anche, in giurisprudenza, *Cass. civ., sez. I, 17 dicembre 1968, n. 4006, RFI, 1969, Registro, 233, 2292*, nonché le sentenze citate da G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (II parte)*, in *Rivista del notariato*, 2017, III, p. 1056. Per gli autori italiani di avviso differente da quelli qui menzionati, v. la prossima nota.

cendo la carica "eversiva" dell'istituto nel sistema, ha lasciato in questo caso maggiore spazio a opzioni ricostruttive della situazione dei condomini come un diritto di superficie, che gli autori francesi hanno preferito, come visto, precludersi: ciò a riprova di una vitalità del paradigma superficiario anche nel nostro ordinamento e della non impossibilità, in via interpretativa e, in prospettiva, attraverso interventi del legislatore, di estenderne il campo alle nuove problematiche che si vanno ponendo al diritto degli immobili. La questione resta in verità ancora aperta nel dibattito italiano e, se alcune posizioni escludono l'assimilazione tra superficie e condominio – in particolare, argomentando che, poiché sulla base dell'articolo 1117 del Codice civile il suolo è ordinariamente una parte comune tra tutti i condomini, essi ne sono insieme proprietari e a estendersi per accessione a tutto l'edificio è direttamente tale diritto di proprietà[138] – come parrebbe confermare la disciplina in tema di perimento del

[138] Il contratto con cui essi convengano di realizzare una costruzione di proprietà comune disciplinerebbe allora il godimento dei comproprietari, senza comportare una mutua concessione tra essi di un diritto reale su cosa altrui, non essendovi peraltro una cosa altrui; un acquisto di diritto sulla cosa altrui, con la vera e propria costituzione di un diritto di superficie, potrebbe dunque avvenire solo quando un diritto di superficie fosse concesso da un terzo proprietario del suolo a un insieme di contitolari di un diritto di superficie, che con l'edificazione e l'individuazione degli appartamenti di spettanza di ciascuno diventerebbero condomini superficiari: v. G. Branca, in più scritti, tra cui *Acquisto "pro quota" dell'area con diritto parziale di sopraelevazione (nota a Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1971, n. 1674)*, in *Il foro it.*, 1971, I, c. 2962; G. Branca, *Comunione, condominio negli edifici, art. 1100-1139*, VI ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1982, p. 365; G. Benacchio, *Del condominio negli edifici*, Padova, 1964, p. 56: "Il diritto di superficie presuppone non solo proprietà distinta, ma proprietà autonoma di un appartamento che posi e gravi direttamente ed esclusivamente sul suolo o sul piano sottostante di proprietà di un terzo, laddove nel condominio […] la proprietà dei singoli piani o appartamenti non è completamente isolata ed indipendente rispetto alle proprietà sottostanti ed eventualmente sovrastanti. […] Manca nella proprietà superficiaria quella coesione fra le proprietà solitarie delle singole unità immobiliari grazie alla quale, nel regime condominiale, tutto il fabbricato conserva una unità strutturale ed organica"; G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 98; v. anche la situazione considerata in *Cass. civ., ss.uu., 16 febbraio 2018, n. 3873*: "La costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell'art. 934 cod. civ., di proprietà comune agli altri comproprietari del suolo, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del suolo o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta *ad substantiam*".

condominio[139], di problematica compatibilità con la qualificazione di superficie della situazione del comproprietario[140]; l'opzione contraria pare però prevalere sia in dottrina[141], sia, con

[139] Articolo 1128 del C.c.: "Se l'edificio perisce interamente o per una parte che rappresenti i tre quarti del suo valore, ciascuno dei condomini può richiedere la vendita all'asta del suolo e dei materiali, salvo che sia stato diversamente convenuto.

Nel caso di perimento di una parte minore, l'assemblea dei condomini delibera circa la ricostruzione delle parti comuni dell'edificio, e ciascuno è tenuto a concorrervi in proporzione dei suoi diritti sulle parti stesse.

L'indennità corrisposta per l'assicurazione relativa alle parti comuni è destinata alla ricostruzione di queste.

Il condomino che non intende partecipare alla ricostruzione dell'edificio è tenuto a cedere agli altri condomini i suoi diritti, anche sulle parti di sua esclusiva proprietà, secondo la stima che ne sarà fatta, salvo che non preferisca cedere i diritti stessi ad alcuni soltanto dei condomini"; cfr. C. Trinchillo, 2002, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio. Il diritto di sopraelevazione previsto dall'art. 1127 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2002, I, p. 1174, nota 75.

[140] V. M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 294-295: "il legislatore raffigura il condominio di un edificio come una fattispecie unitaria, nella quale, accanto a cose e beni comuni ai condomini, trovano posto anche beni di proprietà singola; ma considerati questi ultimi pur sempre come parti dell'edificio, considerato come entità complessiva; ciò legittima sia la deliberazione maggioritaria, sia il sacrificio del diritto del condomino dissidente. La stessa configurazione appare del tutto improponibile nei riguardi di una struttura rappresentata da una serie di diritti di superficie sovrapposti. D'altro canto la prospettiva di cui al secondo comma dell'art. 1128 c.c. presuppone necessariamente la comunione del diritto su ciò che è rimasto dopo il perimento del fabbricato, e cioè principalmente sul suolo"; cfr. *Cass. civ., sez. II, 23 luglio 1983, n. 6441, RFI, 1983, 3107*.

[141] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, p. 574, qualificando la situazione giuridica in questione come "un diritto di superficie limitato e adattato al complesso regime del condominio"; L. Salis, *Il condominio negli edifici*, Torino, 1950, pp. 3-5; M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 94-95; G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1488: "Se dunque nella fase di costituzione del condominio da parte dei comproprietari dell'area si ha il sorgere di diritti di natura superficiaria, non si vede perché si dovrebbe configurare diversamente la natura del condominio una volta questo costruito. Comunque a esso saranno applicabili le norme sul condominio diremmo come norme di diritto speciale rispetto alle norme di diritto comune riguardanti in genere il diritto di superficie. Tanto più se si ritenga che il condominio abbia lì il proprio piano come esplicazione di un diritto inerente alla comunione del suolo quale area fabbricabile, ma ammettendo che si debba riconoscere che sia un diritto analogo a quello superficiario"; G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni,* Milano, 1998, p. 83; nella loro ricostruzione tripartita della figura di cui all'art. 952, ritengono il condominio di edifici la forma più comune di proprietà separata A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXI ed. a cura di F. Anelli, C. Granelli, Milano, 2013, p. 293.

oscillazioni, in giurisprudenza[142], quantomeno come apertura alla reciproca concessione edificatoria di natura reale tra i comunisti al fine di realizzare un edificio condominiale a più piani tra essi ripartiti[143]. La questione non è puramente accademica, incidendo, per esempio, sugli aspetti tributari della fattispecie in esame, secondo se si ritenga che l'operazione di acquisto da parte di più persone di un'area fabbricabile per costituirvi un condominio dia luogo a un unico contratto di acquisto, essendo

[142] Cfr. *Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2006, n. 4258*.

[143] V. *Cass. civ., sez. II, 7 luglio 1956, n. 2516, MFI, 1956, 462*; *Cass. civ., sez. I, 4 marzo 1960, n. 399, Il foro it., I, 1157*; *Cass. civ., 11 ottobre 1960, n. 2643, MFI, 1960, 582*; *Cass. civ., sez. I, 6 luglio 1968, n. 2297, MFI, 1968, 600*; *Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1971, n. 1674, Il foro it., 1971, I, 2961*: "I partecipanti alla comunione della proprietà dell'area, i quali deliberano di costruire su questa un edificio in condominio, attribuendo a ciascuno il diritto su parti predeterminate del costruendo stabile, pongono in essere una reciproca concessione *ad aedificandum* a favore di ognuno dei contraenti, con gli effetti di cui all'art. 952 cod. civ., quanto all'acquisto della proprietà, attribuendo cioè a ciascuno di essi un diritto reale sul suolo comune", prospettando però una particolare forma di diritto di superficie ("la costituzione del diritto di superficie realizza un trasferimento di diritti e cioè un «acquisto», solo quando tale diritto sorge su una cosa completamente altrui, dalla quale viene distaccata una componente di quel complesso di facoltà, che spetta al proprietario del bene immobile, per essere attribuita ad altri. Ma ciò non si verifica tra partecipanti alla comunione, perché, in tal caso, ciascuno di essi non si vede trasferire un diritto che prima non avesse, ma vede trasformare in un determinato e quantificato diritto di superficie il suo diritto che si estendeva, in modo potenziale, su tutta la cosa indivisa ed era limitato solo dal concorso delle altre quote ideali. Questa trasformazione del diritto, vale sottolineare, non si concreta in una divisione, cioè nell'attribuzione di una quota materiale, bensì nella sostituzione di una quota ideale con altra porzione di diritto, anche essa ideale, sebbene delimitata da precisi riferimenti quantitativi e spaziali"); nello stesso senso, in dottrina G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, p. 573, nonché in giurisprudenza già *Cass. civ., sez. I, 6 luglio 1968, n. 2297, MFI, 1968, 600*) che attira, con tale configurazione di concessione reciproca di un diritto di superficie senza acquisto di un nuovo diritto, le critiche del Branca ("[d]ato che la concessione di un diritto reale è sempre un trasferimento, affermare che questa concessione *ad aedificandum* non lo sia è come dire che si tratti di una superficie *sui generis*, cioè d'una non superficie") in *Acquisto "pro quota" dell'area con diritto parziale di sopraelevazione (nota a Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1971, n. 1674)*, in *Il foro it.*, 1971, I, c. 2962; di tale arresto è interessante il recupero concettuale di una latente funzione residuale del diritto di superficie, *à la française*, fuori dei canoni ordinari del sistema dei diritti reali del nostro Codice; in una giurisprudenza meno datata, più incerto è l'orientamento di *Cass. civ., sez. II, 2 giugno 1999, n. 5397*, la cui formulazione potrebbe intendersi nel senso che può attribuirsi un diritto di superficie in favore di uno solo dei comproprietari del suolo e non tra di essi reciprocamente.

la successiva costruzione il mero esercizio di una facoltà dominicale, oppure a due contratti soggetti a tassazione, l'uno di acquisto e l'altro di reciproca concessione superficiaria *ad aedificandum*[144].

Tornando alla Francia, si rileva infine l'esistenza di una procedura, introdotta dal legislatore d'oltralpe del 2014 (dall'articolo 59 della legge n. 2014-366 del 24 marzo 2014) nel *corpus* della legge del 1965, attraverso cui un insieme immobiliare complesso – tale da strutturarsi in diversi edifici distinti riuniti su un suolo artificiale o in diverse entità omogenee destinate a usi differenti – può passare dall'assetto della comproprietà a quello della divisione in volumi[145].

[144] Sul tema, cfr. A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 412-415; *Cass. civ., sez. I, 6 luglio 1968, n. 2297, MFI, 1968, 600*; *Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 1970, n. 1845, MFI, 1970, 583*; G. Branca, *Acquisto "pro quota" dell'area con diritto parziale di sopraelevazione (nota a Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1971, n. 1674)*, in *Il foro it.*, 1971, I, c. 2962; G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, p. 574: "Si tratta quindi di un atto ambivalente, in cui per altro la funzione divisoria appare prevalente. Di ciò dovrebbe tenere conto l'Amministrazione finanziaria, considerando, da un lato, valore imponibile quello del diritto di costruire relativamente alla parte di edificio assegnata a ciascun condomino, ma ricordando, dall'altro, che tale diritto di costruire era già incluso pro indiviso nella quota di comproprietà a lui spettante e applicando quindi le aliquote stabilite per la divisione, anziché per gli atti traslativi e costitutivi"; G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1488.

[145] Art. 28, IV, della legge sulla comproprietà: "Après avis du maire de la commune de situation de l'immeuble et autorisation du représentant de l'Etat dans le département, la procédure prévue au présent article peut également être employée pour la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe comportant soit plusieurs bâtiments distincts sur dalle, soit plusieurs entités homogènes affectées à des usages différents, pour autant que chacune de ces entités permette une gestion autonome. Si le représentant de l'Etat dans le département ne se prononce pas dans les deux mois, son avis est réputé favorable.

La procédure ne peut en aucun cas être employée pour la division en volumes d'un bâtiment unique. […]"; per un'analisi della procedura, che peraltro non richiede più l'unanimità dei condomini, nonché della nozione d'insieme immobiliare complesso adottata ai fini della realizzabilità dell'operazione, v. P. Déchelette-Tolot, *La division en volumes: vers la sortie du statut de la copropriété*, in *Administrer*, 2015, n. 491, pp. 19 ss. Una procedura a parte (v. art. 29-8) è prevista per i condomini in difficoltà, su proposta dell'amministratore provvisorio e su decisione del giudice, visto il rapporto di un esperto e consultati il sindaco del comune e il presidente dell'ente pubblico di cooperazione intercomunale competente in materia di alloggio.

B. *Verso una dematerializzazione anche della proprietà immobiliare*

Il mondo in cui si muovevano i codificatori del 1804 e l'assetto giuridico da essi stabilito, pur dotato d'indubbi caratteri di flessibilità che ne hanno facilitato interpretazioni evolutive, erano assai lontani dal mondo e dai problemi già del XX secolo[146] e tanto più del postmoderno XXI, in cui gli uomini di oggi si trovano a vivere e a cui il diritto, per godere di effettività e consenso, deve offrire norme corrispondenti all'effettivo sentire diffuso e a criteri attuali di razionalità. L'odierno movimento per la ricodificazione, maggioritario nella dottrina francese, ha già avuto la meglio in settori come garanzie, prescrizione civile, obbligazioni e contratti. Le difficoltà sono forse ancora più notevoli in materia di proprietà[147], in cui in particolare l'approccio individualista proprio del Codice è stato da lungo tempo messo in discussione e in parte superato dall'evolvere della realtà sociale, anche sotto la pressione delle istanze delle classi sociali subalterne. Una prima proposta dottrinale di riscrittura del II libro del *Code civil è già stata avanzata, come si è osservato*.

Nel corso della trattazione, si è già dedicata una certa attenzione alla reviviscenza nel diritto dei beni francese di strutture proprie della concezione germanistica della proprietà confluite entro forme e categorie romanistiche nel sistema di *ius commune* e rimaste sommerse ma latenti anche nel sistema codicistico che pretendeva di riportare definitivamente in vita il

[146] Cfr. G. Morin, *La révolte du droit contre le Code: la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Parigi, 1945, p. 2: "A l'insurrection des faits contre le Code, au défaut d'harmonie entre le droit positif et les besoins économiques et sociaux, a succédé la révolte du droit contre le Code, c'est-à-dire l'antinomie entre le droit actuel et l'esprit du Code civil […]. C'est un procédé technique constant de l'évolution du droit que le déguisement de l'ordre nouveau sous le manteau de l'ordre ancien. Une loi sociologique bien curieuse veut que la vie juridique se développe non pas à ciel ouvert, mais en se cachant sous des notions techniques qu'elle maintient tout en les vidant de leur contenu".

[147] Cfr. G. Morin, *La révolte du droit contre le Code: la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Parigi, 1945, p. 84: "L'histoire du droit contemporain révèle, sur le double terrain jurisprudentiel et légal, une désagrégation de cette théorie individualiste de la propriété".

dominium romano. La letteratura giuscomparatistica e giusfilosofica ha autorevolmente approfondito il tema con riferimento alla proprietà mobiliare, osservando nel formarsi, nel crescere d'importanza e nell'inquadramento sistematico attribuito alle proprietà incorporali (fondi di commercio, proprietà letterarie e artistiche, brevetti, ecc.) il tacito riaffiorare della proprietà germanistica[148], dematerializzata, avente come oggetto un fascio di diritti di utilizzazione economica, o meglio un monopolio di attività produttiva[149], ben lontano dal modello dominicale posto dell'articolo 544 del *Code civil* e non troppo distante dalle concezioni della *property* dell'altro lato della Manica. Anche la rinnovata attenzione della dottrina francese per temi come la controversa nozione di proprietà dei crediti conferma una tale linea di tendenza[150], laddove, come nel progetto di riforma del

[148] V. R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, VI ed., Torino, 2015, p. 199: "il silenzio del codice consentiva di tenere in piedi, senza dirlo, e appellandosi immancabilmente ai lumi della ragione, regole germanistiche"; A. Candian, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, p. 214, nota 57: "Giova tuttavia ricordare come il Codice Civile non abbia affatto risolto la opposizione che esisteva nel diritto francese dell'ancien régime tra la concezione romanistica, propria dei paesi di diritto scritto e quella germanistica propria delle Coutumes […]. La scelta operata dal codice di basare le classificazioni lungo l'asse della opposizione tra beni mobili ed immobili può anzi intendersi come una non scelta rispetto alla opposizione precedente che correva lungo la linea di demarcazione che separa le cose corporali da quelle incorporali, ovvero dai diritti, che era l'unica, sia pure sfumata, categoria di cui la tradizione consuetudinaria si interessasse".

[149] Cfr. A. Candian, *Propriété*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – propriété – Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 2002, pp. 240 ss.; M. Xifaras, *La propriété: étude de philosophie du droit*, Parigi, 2004, p. 477: "la saisine est bien la configuration de la propriété réservataire telle que le droit d'auteur nous la donne à voir dans le droit civil moderne: un monopole d'activité productive, octroyé ad tempus au titre de la réalisation d'un engagement moral. […] [L]a nature essentiellement morale de la réservation permet de rendre compte de l'aspect le plus spectaculaire de la propriété ainsi conçue: sa dématérialisation. La propriété perd ici le statut métaphysique d'interface entre l'esprit et la matière, la liberté intérieure et le monde extérieur, pour se faire rétribution matérielle d'un service, échange de valeurs, jusqu'à pouvoir, si elle est sollicitée dans ce sens, se confondre entièrement avec l'institution du marché"; v. anche G. Morin, *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, études offertes à George Ripert, t. II, Parigi, 1950, p. 15.

[150] V., per es., Y. Emerich, *La propriété des créances: approche comparative*, Parigi, 2007: paradossalmente, tale opera, incentrata sul regime giuridico della proprietà dei crediti, evidenziandone le similitudini con quello delle cose corporali, al di là dell'approccio comparativo, si pone nel solco (e si serve dei concetti) della già

diritto dei beni d'oltralpe, pure nella dottrina italiana l'idea di una revisione delle regole codicistiche in tema di beni per farvi entrare a pieno titolo l'immateriale ha iniziato a fare breccia[151].

È ora giunto il momento di osservare come il processo di dematerializzazione tocchi anche la proprietà immobiliare: idea meno intuitiva e assai meno approfondita dalla letteratura comparatistica, se ne trovano i presupposti in quanto finora osservato in materia di proprietà di volumi. Savatier aveva concepito la propria teoria come una messa in discussione a tutto tondo del bidimensionalismo che permea il diritto dei beni, rispetto a una realtà sociale di diverso segno, e della difesa da parte dell'ordinamento giuridico degli interessi della figura monopolistica del proprietario del suolo. Senza che da allora i testi legislativi in materia siano radicalmente cambiati, l'accoglimento nella prassi e nel diritto vivente della divisione volumetrica alla base di una scomposizione spaziale dei titoli dominicali, l'ingresso anche nei tribunali di questi nuovi beni, lo studio a essi riservato dalla dottrina hanno fatto sì che la concezione stessa della proprietà immobiliare nel mondo giuridico francese mutasse decisamente, forse non ancora nella misura auspicata dall'autorevole giurista d'oltralpe, ma sicuramente abbastanza da poter attirare l'attenzione dei comparatisti. Nel frattempo, *de iure condito*, lo sforzo in questa materia degli studiosi della generazione successiva è stato soprattutto d'integrare e d'incorporare il bene volumetrico nel modello di proprietà fondamentalmente corporale quale delineato dal *Code civil*[152]; questo, però, al prezzo d'indebolire alcune delle certezze che erano poste a fondamento di questo modello.

Beninteso, in materia di beni immobili il discorso è più sfumato che per i mobili e la supremazia della materialità tangibile sembra ancora il paradigma dominante. Peraltro, la

citata impostazione di Ginossar e Zenati-Castaing, volta alla riscoperta delle radici romane del *Code civil* e alla sua liberazione dalle incrostazioni dei romanisti medievali e dei loro successori; v. anche J. Laurent, *La propriété des droits*, Parigi, 2012.

151 Cfr. A. Gambaro, *I beni immateriali nelle riflessioni della Commissione Rodotà*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, Roma, 2010, pp. 65-69.

152 Per tale tentativo dottrinale, v. diffusamente R. David, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015.

categoria degli immobili incorporali, fondamentale nell'*Ancien droit*, con i suoi *offices* e rendite immobiliari e frammentazioni molteplici del dominio, non è del tutto scomparsa nel diritto codificato, in cui, all'articolo 526, rimane il concetto degli immobili per il loro oggetto, comprendendovi espressamente diritti reali come l'usufrutto d'immobili e le servitù[153], nonché le azioni di rivendicazione di un immobile[154]. La proprietà di volumi spaziali rappresenta però un salto di qualità, in virtù della loro qualificazione, come si è osservato, nella prassi e nella dottrina dominanti, come immobili per natura[155] a prescindere dalla loro composizione chimica. Nel sistema codicistico, l'archetipo d'immobile (nonché, in definitiva, di bene in generale) era il fondo di terra, cosa inamovibile e concreta per eccellenza. Si è osservata l'evoluzione concettuale dell'oggetto della proprietà immobiliare, dal fondo materialmente calpestabile all'astrazione della particella catastale fino al passo successivo del volume spaziale. Ciò che si evidenzia è un processo di crescente dematerializzazione dell'oggetto della proprietà immobiliare, sempre meno tangibile e sempre più identificabile, attraverso procedimenti geometrici, con uno spazio virtuale su cui esercitare un monopolio di sfruttamento. Col crescere d'importanza di questo paradigma – fino a potere forse in futuro aspirare a divenire il paradigma proprietario dominante negli spazi urbani, sempre più affollati e popolati anche in altezza e in profondità – il modello dominicale romano si fa sempre più lontano, in una concezione

[153] Categoria allargata in dottrina ai diritti reali immobiliari in generale, condividendo la natura giuridica della cosa a cui si riferiscono, nonché ai crediti immobiliari (di dare): P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 51.

[154] Categoria allargata in dottrina a tutte le azioni immobiliari: F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 48.

[155] Raccomandazione n. 5 (aggiornata nel 2008) della *Commission relative à la copropriété*, <http://www.jpm-copro.com/Recommandation%2005.htm>; J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, p. 457.

postmoderna e liquida che reinterpreta il più solido tra i diritti reali attribuendovi per oggetto spazi virtuali prima ancora del loro effettivo riempimento con costruzioni, ancora composti di terreno o di aria e tendenzialmente non identificabili a occhio e indistinguibili dallo spazio circostante se non attraverso processi di astrazione esterni a quanto esistente *in rerum natura*. Nel caso della proprietà di volumi d'immobili da costruire, a colpire non è tanto la diversa e più rarefatta composizione chimica di un volume d'aria (peraltro non condivisa da un volume sotterraneo) – anche perché già qualsiasi immobile in comproprietà consiste in massima parte di spazi d'aria – bensì proprio lo sganciamento dell'oggetto del commercio giuridico ed economico in materia d'immobili da una sua esistenza naturale visibile, esterna e preesistente al mondo delle relazioni umane. Si forma una nozione di proprietà tutta interna alla convenzionalità delle sfere dell'economia e del diritto, rispetto a cui la non tangibilità dell'oggetto ne impedisce l'identificazione ideale con il diritto: potrà ben dirsi "ho un diritto di proprietà su un volume", ma dire "il volume di mia proprietà" non sarà naturale come "il terreno di mia proprietà". Con l'effettiva costruzione nel volume, peraltro, esso acquisterà la concretezza prima mancante, pur mantenendo una proiezione spaziale e non concettualmente bidimensionale, come l'identificazione dell'immobile con la particella catastale ci aveva abituati.

Sezione II. *Proprietà di volumi e circolazione transfrontaliera dei modelli di appartenenza*

Come si è già fatto per le locazioni reali, è adesso opportuno arricchire anche quanto si è appena osservato sulla proprietà di volumi di spunti comparativi e problematici. Si vedrà allora dapprima la difficoltà della concezione in esame a penetrare in altri modelli continentali come Italia e Belgio. Si approfondiranno poi le conseguenze della nuova rappresentazione della proprietà immobiliare sulla teoria della proprietà ereditata dall'epoca delle codificazioni, con ulteriori riflessioni comparative in particolare in relazione con il sistema di *common law*.

Sottosezione I. *Configurabilità della divisione in volumi oggetto di appropriazione in altre esperienze giuridiche*

Ostacoli di rilievo ha incontrato, in sede giudiziaria, negli ordinamenti belga e italiano, l'accoglimento di modelli assimilabili alla proprietà volumetrica francese. Si manifesta così in tali Paesi un diverso atteggiamento della giurisprudenza che, più vincolata dai sistemi di superficie positivizzati dai rispettivi legislatori ed esitando a rimettere in discussione la concezione materiale dell'oggetto della proprietà immobiliare, ha sanzionato una prassi notarile che più arditamente si addentrava nei sentieri ormai ben noti al giurista francese. La proprietà volumetrica risulta invece di più facile concepibilità nel mondo di *common law*.

A. *Il rigetto della proprietà di volumi in Belgio*

La ricostruzione teorica di Savatier non ha mancato di fare proseliti pure al di là della frontiera con il Belgio, il cui ordinamento non è impermeabile all'istanza di dematerializzazione della concezione giuridica dell'immobile. Si è prospettata anche in tale contesto, per opera della dottrina, una nozione di proprietà del soprassuolo come di un volume astratto, uno spazio potenzialmente edificato ovvero pieno d'aria, senza che la composizione chimica della materia contenutavi ne influenzi la natura giuridica[156]. Tuttavia, al tradursi di tale modello teorico nello schema operativo che ha contraddistinto le operazioni di realizzazione d'insiemi immobiliari complessi in Francia, si è opposto l'ostacolo della regolamentazione del legislatore belga in materia di superficie. Se in Francia è stato possibile dar luogo alle divisioni in volumi spaziali autonomamente appropriabili attraverso una libera costruzione giuridica fondata sugli articoli 552 e 553 del *Code*, riconducendo sistematicamente la figura giuridica a una concezione espansiva del diritto di superficie, in Belgio l'esistenza di una specifica legge sulla superficie, a fianco

[156] P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, pp. 371 ss.

del Codice, ha creato un attrito arduo da superare, con l'imposizione di un limite temporale tutt'al più cinquantennale estraneo alle operazioni immobiliari, di natura definitiva, che in Francia si è soliti realizzare attraverso l'attribuzione in proprietà di uno spazio tridimensionale geometricamente definito. L'alveo teorico superficiario in cui in Francia si è potuta espandere la figura della proprietà di volumi – giungendo al punto di poter aspirare adesso a trovare una propria collocazione autonoma – si è trovato in Belgio la strada sbarrata dalla qualificazione legale come diritto reale sul fondo altrui. In dottrina si è variamente tentato di collocare direttamente il fenomeno della proprietà di volumi come espressione tridimensionale di un puro e semplice diritto di proprietà, sul fondamento dell'articolo 553 del Codice, senza la costituzione di un diritto di superficie quale legislativamente disciplinato, con le sue ristrettezze[157]. Ancora, autori in precedenza più prudenti hanno inteso valorizzare la riforma legislativa del 2014 come volta ad allargare significativamente i confini del diritto di superficie e, in un'ottica di rinnovamento attenta ai bisogni della pratica, farne uno strumento di più agevole impiego per le più varie operazioni immobiliari[158]: una *ratio* tale da ridefinire le frontiere dell'ordine pubblico del diritto dei beni, così da autorizzare, quanto meno eccezionalmente, schemi di smembramento perpetuo delle prerogative dominicali su un fondo[159]. Altre voci vedono invece nell'assetto legislativo

[157] Cfr. N. Verheyden-Jeanmart, P.-P. Renson, *La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes*, in A. Wijffels (a cura di), *Le Code civil entre* ius commune *et droit privé européen*, Bruxelles, 2005, pp. 333 ss.

[158] Cfr. P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, p. 407: "envisageant, d'abord, le droit de superficie accordé dans toute sa plénitude, sans limitation […], le législateur nous contraint à réfléchir davantage encore en termes de propriété temporaire en volumes, certes dans la perspective d'occuper physiquement et matériellement ledit volume, en sur-sol ou sous-sol, en tout ou en partie. La propriété du tréfoncier peut alors se réduire, on l'a dit, à l'extrême pour n'être plus que ce plan idéal en deux D correspondant à la surface du fonds grevé, le superficiaire ayant la propriété, et donc aussi la jouissance, temporaire du reste. Si tel n'est pas le souhait des parties, il conviendra de fixer dans la convention les limites exactes du droit de superficie, qui ne concernera donc que la partie délimitée".

[159] P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, pp. 388-389.

anche successivo alla riforma del 2014 un ostacolo insormontabile a ogni dissociazione perpetua del diritto di proprietà, che anzi il nuovo testo legislativo estenderebbe anche al sottosuolo, non esplicitamente citato nella redazione del 1824; tuttavia, gli stessi auspicano, *de iure condendo*, un approfondimento di riflessione da parte del legislatore, nella direzione di un accoglimento di concezioni dominicali quali la proprietà dei volumi, che ben si confanno alle esigenze della pratica immobiliare dei nostri giorni[160].

A fronte di queste parziali aperture in dottrina, la giurisprudenza ha invece manifestato un orientamento più severo, sostanzialmente rigettando la proprietà dei volumi quale concepita e applicata in Francia. Da un lato, la *Cour de Cassation* belga ha mostrato la tendenza a ricondurre in ogni caso una clausola di rinuncia all'accessione alla costituzione un diritto di superficie, sbarrando la strada a impostazioni che vogliano sviluppare la proprietà di volumi fuori della teoria della superficie[161]; dall'altro, nel quadro della disciplina della superficie,

[160] V. Y. Delacroix, N. Van Damme, *Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 (2ème partie)*, in *Journal des tribunaux*, 2015, p. 258: "Aujourd'hui, la pratique immobilière belge est contrainte de recourir au régime de la copropriété et indivision forcée pour permettre l'usage pluriel d'une même parcelle. Y a-t-il des raisons de penser qu'une dissociation horizontale du droit de propriété est plus susceptible de «stériliser» la propriété que ce ne serait déjà le cas avec la copropriété forcée ? Si le droit belge connaît déjà l'existence de droits concurrents de certains copropriétaires sur une même parcelle, pourquoi serait-ce un problème d'admettre en droit belge une division perpétuelle de la propriété foncière ? Nos voisins français et néerlandais, pour ne citer que ces exemples, connaissent une telle division et il ne semble pas que cela ait amené à la situation de «stérilisation» crainte par certains auteurs".

[161] *Cour de Cassation, 19 mai 1988, Pas., 1988, I, p. 1142*; un orientamento più lasco si era riscontrato – ancora sotto la vigenza del vecchio testo di legge che non faceva espresso riferimento alla possibilità di un diritto di superficie nel sottosuolo, consentendo per tali situazioni il riespandersi del campo d'applicazione dell'articolo 553 del *Code civil* – in merito alla possibilità di dissociazione perpetua della proprietà di spazi sotterranei: v. la casistica citata in P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, p. 385. Si deve tuttavia segnalare che una sentenza molto recente sembra rimettere in discussione l'orientamento restrittivo della giurisprudenza; sarà pertanto molto interessante osservarne i prossimi sviluppi: v. *Cour de Cassation, 6 sept. 2018, C.17.0265.F*: "L'article 1er de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, dans sa version applicable au litige, permet de créer un droit réel consistant à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui et, en vertu de l'article 4 de cette loi, ce droit ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante

ha affermato che un diritto di proprietà immobiliare, distinto dal dominio del suolo, non può che riferirsi a costruzioni, opere o piantagioni, quali citate dal testo di legge, nella cui formulazione non può rientrare un mero spazio aperto sovrastante il suolo, non costruito, delimitato soltanto da confini virtuali: insomma, un volume spaziale[162]. L'eventuale approvazione da parte del legislatore belga del già menzionato progetto di riforma del diritto dei beni risolverebbe in favore della più avanzata dottrina il dibattito in atto, superando le preclusioni poste dalla giurisprudenza a un pieno accoglimento di una nozione tridimensionale dell'oggetto della proprietà immobiliare.

B. *Prospettive e ostacoli in Italia*

Similmente a quanto avvenuto in Belgio, anche in Italia la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento di chiusura rispetto al fenomeno del commercio giuridico di volumi di spazio. Questo però solo alla fine di un percorso non lineare, nel corso del quale i giudici avevano in passato accolto configurazioni assimilabili a quella che in Francia si è ormai propagata in tutto l'ambito dei grandi insiemi immobiliari. Si è osservato come l'articolo 840 del nostro codice, omettendo di prescrivere[163] che il proprietario del suolo abbia lo stesso diritto sullo spazio sovrastante e impedendogli di opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale altezza nello spazio sovrastante il fondo che egli non abbia interesse[164] ad escluderle, già si distanzi dalla visione di assolutismo

années. Il ne suit pas de ces dispositions que toute renonciation au droit d'accession engendre la constitution d'un droit de superficie. Le moyen, qui, en cette branche, repose sur le soutènement contraire, manque en droit".

162 *Cour de Cassation, 13 septembre 2013, n. C.12.0422.F*, su cui v. J. Périlleux, *Picasso… un classique ! À propos de la propriété des volumes dans l'espace*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 2014, n. 2, pp. 298 ss.

163 Come invece faceva l'art. 440 del Codice precedente.

164 Sulla valutazione di tale interesse, con riguardo alle concrete possibilità di utilizzazione del suolo, non dovendosi procedere al contemperamento tra gli interessi del proprietario del suolo e quelli dei terzi (*Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 1985, n. 1632, MFI, 1985, 313*; *Cass. civ., sez. II, 25 marzo 1995, n. 3562*), e facendo riferimento tanto alla situazione in atto del fondo, quanto alle sue possibili destinazioni future, v., *ex ceteris*, *Cass. civ., sez. II, 18 novembre 1987, n. 8482*; *Cass. civ., sez. II, 21 ottobre 1991, n. 11117*; *Cass. civ., sez. II, 9 novembre 2001, n.*

proprietario *usque ad sidera, usque ad inferos* che l'articolo 552 del *Code civil* testimonia, circoscrivendo nello spazio le prerogative che il proprietario può rivendicare[165]. La proprietà immobiliare volumetrica postmoderna, per forza di cose, non trovava posto neanche nel testo del nostro codice, sicché pure da noi la giurisprudenza si è dovuta confrontare con la scelta dell'avallo o meno della stessa, a fronte della pratica negoziale che iniziava a fare ricorso a simili configurazioni. Anche in Italia la riflessione è caduta sull'istituto del diritto di superficie, i cui connotati, come al di là delle Alpi, erano quelli potenzialmente più prossimi a poter accogliere tali fenomeni: ciò, però, dovendo fare i conti, nel nostro ordinamento, con un istituto esplicitamente regolato nel diritto positivo.

In sede d'interpretazione dell'articolo 840 e dell'articolo 1127 del Codice civile – che attribuisce al proprietario dell'ultimo piano dell'edificio o al proprietario esclusivo del lastrico solare la facoltà di elevare nuovi piani o nuove fabbriche, salvo che risulti altrimenti (per esempio, in favore del costruttore, o dell'insieme dei condomini) dal titolo[166], dovendo tale proprie-

13852; *Cass. civ., sez. II, 11 ottobre 2004, n. 20129*.

[165] Lo stesso discorso varrà naturalmente per il superficiario come per il proprietario ordinario*: Cass. civ., sez. II, 30 marzo 1995, n. 3804*: "È vero, infatti, che la Corte di Appello erra quando afferma che il diritto del superficiario si estende senza limiti a tutto lo spazio aereo sovrastante il suolo sul quale il diritto medesimo si esercita, dato che il diritto del superficiario non può avere un contenuto ed una estensione maggiore di quello del proprietario e, come il diritto dominicale, non può estendersi, quindi, allo spazio verticale sovrastante il suolo che ne è oggetto oltre il punto in cui il suo titolare può avere un apprezzabile interesse ad escludere gli altri (art. 840 c.c.), ed è vero, altresì, che tale interesse, quando si tratti del diritto di fare e mantenere una costruzione con dimensioni e funzioni predeterminate, deve essere in concreto accertato con specifico riferimento anche ai prestabiliti limiti del diritto del superficiario". Sulla diversa questione dei limiti in senso verticale del diritto di superficie che derivano dal titolo che ha dato luogo al diritto stesso, v. C. Trinchillo, 2002, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio. Il diritto di sopraelevazione previsto dall'art. 1127 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2002, I, pp. 1129 ss.; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 287, che riscontrano in tale ipotesi una *servitus altius non tollendi* a carico della realizzanda costruzione e a favore del suolo.

[166] In Francia, invece, come disposto dall'art. 3 della legge n. 65-557 del 10 luglio 1965 sulla comproprietà degli edifici, nel silenzio o nella contraddizione dei titoli, il diritto di sopraelevare una costruzione destinata all'uso comune o comportante diversi locali che costituiscono diverse parti privative è reputato una prerogativa accessoria alle parti comuni; diffusamente, sulla disciplina italiana, v. M. Basile, *I*

tario corrispondere agli altri condomini un'indennità (pari al valore attuale dell'area da occuparsi, diviso per il numero dei piani, compreso quello da edificare, e detratto l'importo della quota a lui spettante)[167] e ricostruire il lastrico solare di cui tutti o parte dei condomini avevano il diritto di fare uso – due diverse ricostruzioni ermeneutiche si erano affermate[168]: l'una volta ad attribuire ai proprietari del suolo, vale a dire, nel caso del condominio, salvo titolo difforme, all'insieme dei condomini, la proprietà sulla colonna d'aria sovrastante l'edificio[169], al netto

diritti e i doveri dei condomini, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, pp. 277 ss.

[167] Tale indennità essendo dovuta, secondo la più recente giurisprudenza, "non sulla considerazione dell'avvenuto utilizzo della colonna d'aria sovrastante l'edificio condominiale intesa come di pertinenza della collettività, giusta quanto sporadicamente sostenuto da dottrina e giurisprudenza con tesi adeguatamente disattese da Cass. 22.11.04 n. 22032, che ha anche puntualizzato il significato da attribuire all'espressione ricorrente nella prassi contrattuale (cfr. anche Cass. 14.4.04 n. 7051, ma già Cass. 4.5.89 n. 2084, 30.12.77 n. 5754, 19.12.75 n. 4192). Bensì sulla considerazione, come hanno evidenziato dottrina e giurisprudenza prevalenti (da ultimo, nelle motivazioni, con richiami, di Cass. 16.6.05 n. 12880 e 21.5.03 n. 7956), della necessità d'una misura compensativa della riduzione del valore delle quote di pertinenza degli altri condomini sulla comproprietà del suolo comune conseguente alla sopraelevazione realizzata dall'un d'essi e dall'acquisto da parte di questi della proprietà relativa": *Cass. civ., ss.uu., 30 luglio 2007, n. 16794*.

[168] V. A. Guarneri, *La superficie, artt. 952-956*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile commentato*, Milano, 2007, pp. 75-76.

[169] V. in particolare *Cass. civ., sez. II, 27 dicembre 1975, n. 4233, MFI, 1975, 1010*: "La colonna d'aria sovrastante l'edificio condominiale appartiene in proprietà a tutti i condomini, in quanto comproprietari del suolo su cui l'edificio sorge, ed è perciò che nel momento in cui essi ne vengano in parte privati, a seguito di sopraelevazione dello stabile, anche se eseguita dal proprietario esclusivo dell'ultimo piano o del lastrico solare, sorge in loro favore il diritto ad essere indennizzati della perdita, ai sensi dell'art. 1127 cod. civile"; *Cass. civ., sez. II, 15 marzo 1976, n. 939, MFI, 1976, 199*; *Cass. civ., sez. II, 26 marzo 1976, n. 1084, MFI, 1976, 230*; *Cass. civ., sez. II, 5 aprile 1977, n. 1300, MFI, 1977, 270*; *Cass. civ., sez. II, 14 ottobre 1988, n. 5556*; in tema poi d'immissione di uno sporto nello spazio aereo sovrastante il fondo del vicino, si afferma in *Cass. civ., sez. II, 20 agosto 2002, n. 12258*, che "poiché la colonna d'aria sovrastante un'area, configurandosene come proiezione verso l'alto, appartiene anch'essa al proprietario dell'area medesima, a questi, in quanto anche possessore, e/o a chi comunque dell'area abbia il possesso, va riconosciuta la legittimazione a chiedere la tutela della situazione di fatto con le azioni di reintegrazione e/o manutenzione"; nello stesso senso, in quanto la nozione di cosa in senso giuridico sarebbe slegata da quella di cosa in senso naturalistico, F. De Martino, *Della proprietà*, in *Libro terzo, della proprietà, art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 151-153; possibilista sulla concepibilità dello spazio aereo di per sé come oggetto di alienazione, F. Messineo,

della circoscritta facoltà eccezionalmente conferita dall'articolo 1127 a un diverso soggetto; l'altra a negare radicalmente la natura dello spazio sovrastante di bene giuridico suscettibile di autonomo diritto di proprietà, qualificando bensì la stessa come mera proiezione verso l'alto dell'immobile oggetto del diritto, comunque con la conseguente possibilità di svolgere su di essa in via esclusiva le facoltà inerenti alla prerogativa dominicale sull'edificio[170]. Più specificamente, in materia di diritto di superficie, non era mancato sotto il Codice del 1865, che in tema di superficie si caratterizzava per lo stesso silenzio del *Code civil*, chi interpretasse questa istitutione giuridica come una limitazione legale della proprietà del suolo e il suo titolare come il proprietario dello spazio sovrastante il suolo, "pieno" se già edificato o piantato, altrimenti "vuoto"[171]; tale impostazione, che ricorda molto da vicino il dibattito francese di questi decenni in tema di proprietà di volumi, è parsa in ogni caso generalmente superata

Manuale di diritto civile e commerciale, IX ed., vol. II, Milano, 1965, pp. 538-539.

[170] V., *ex ceteris*, *Cass. civ., sez. II, 19 dicembre 1975, n. 4192, MFI, 1975, 1001*; *Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2004, n. 22032*; *Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2005, n. 12880*; *Cass. civ., ss.uu., 30 luglio 2007, n. 16794*; cfr. l'orientamento dottrinale di C. Maiorca, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, Torino, 1934, pp. 48 ss.; D. Barbero, *Osservazioni sul titolo secondo: della proprietà*, in *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile (agosto 1937-XV)*, Milano, 1938, p. 75; L. Barassi, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pp. 591-595; G. Musolino, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie*, in *Rivista del notariato*, 2005, I, pp. 244-245 (le riflessioni dell'Autore sono recentissimamente confluite nel più ampio volume *Superficie. Sopraelevazione*, Bologna, 2018); v. anche G. Branca, G. Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, VII ed., Bologna, 1992, p. 167, sostenendo che il sottosuolo possa essere oggetto di proprietà, ma non (o, meglio, "non […] altrettanto sicuramente") la colonna d'aria sovrastante il terreno.

[171] N. Coviello, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, in *Il foro it.*, 1893, I, 10 ss.; *Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892, Il foro it., 1892, I, 1160*; *contra*, fra gli altri, G. Segrè, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, in *Il foro it.*, 1893, I, cc. 1002 ss.; V. Simoncelli, *Nota a Trib. civ. Lecce, 8 giugno 1899*, in *Il foro it.*, 1900, I, cc. 63 ss.; v. anche P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. II: *la proprietà*, I, Roma, 1926, pp. 220-227; M. Pampaloni, *Sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo nel diritto romano e odierno (nuovo contributo alla teoria delle* res communes omnium), in *Archivio giuridico*, 1892, vol. 48, pp. 32 ss., fa dello spazio una cosa, ascrivendolo tra le *res communes omnium*.

dall'avvento del nuovo Codice del 1942[172]. La giurisprudenza che ha affrontato il tema del diritto sullo spazio verticale sovrastante il fondo (cosiddetta "colonna d'aria"), malgrado alcune esitazioni e contraddizioni[173], ha finito per consolidarsi sulla tesi di escludere ogni autonomo diritto di proprietà sullo spazio aereo[174]. Pertanto, l'idea di un diritto reale su uno spazio aereo ancora non costruito separato dalla proprietà del sottostante immobile è stata ricondotta a un diritto reale di superficie sulla cosa altrui sottostante, e non alla proprietà del volume[175], con

[172] G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 458-459; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965, p. 538.

[173] V. *Cass. civ., sez. II, 11 luglio 1958, n. 2511, MFI, 1958, 506*; *Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 1975, n. 636, MFI, 1975, 149*: "La colonna d'aria libera soprastante un edificio costituisce un bene autonomo che, distinguendosi dal lastrico solare, è utilizzabile per usi indipendenti, fra cui quello della sopraedificazione, per cui è suscettibile da sola di proprietà e di possesso e può formare oggetto di vendita separata".

[174] In tal senso, già *Cass. civ., sez. II, 8 luglio 1960, n. 1831, MFI, 1960, 400*; Cass. *civ., sez. II, 22 gennaio 1964, n. 155, MFI, 1964, 40*; *Cass. civ., 16 luglio 1969, n. 2622, MFI, 1969, 772*; *Cass. civ., sez. II, 19 dicembre 1975, n. 4192, MFI, 1975, 1001*: "Sia per il nuovo codice, che per quello abrogato, lo spazio aereo soprastante il suolo non costituisce un bene giuridico, in quanto lo spazio è un concetto di relazione e non una cosa; esso, perciò, non è suscettibile di un distinto diritto di proprietà ma, integrando una semplice proiezione verso l'alto del suolo o di altra area materiale sottostante, la sua utilizzabilità non può, del pari, essere configurata che come una proiezione del diritto di proprietà esistente su tali immobili".

[175] V. *Cass. civ., sez. II, 30 dicembre 1977, n. 5754, MFI, 1977, 1078*; *Cass. civ., sez. II, 20 giugno 1983, n. 4220, MFI, 1983, 878*; *Cass. civ., sez. II, 7 dicembre 1994, n. 10498*: "Da tempo la giurisprudenza afferma che lo spazio sovrastante il suolo o una costruzione non costituisce un bene giuridico suscettibile di autonomo diritto di proprietà, ma configura la mera proiezione verso l'alto delle suddette entità immobiliari e, formalmente, la possibilità di svolgimento delle facoltà inerenti al diritto dominicale sulle medesime. Pertanto, il diritto reale sul tale spazio, separato dalla proprietà dell'immobile sottostante, non è qualificabile come proprietà, ma come diritto su cosa altrui: precisamente, come diritto di superficie ex art. 952 c.c. […]. Una volta che nell'ambito di una stessa cosa materiale si individuano beni giuridici distinti e la proprietà unitaria si scinde, non si configurano due proprietà piene, aventi come oggetto rispettivamente il piano terreno e lo spazio sovrastante il terrazzo, sibbene la proprietà (della costruzione) ed il diritto di superficie sullo spazio sovrastante, che insiste sulla proprietà altrui. Invero, a norma dell'art. 952, comma 2, cit., tanto la costituzione del diritto di fare o mantenere una costruzione al di sopra del suolo (o di una costruzione esistente), quanto la alienazione della proprietà (separata) di una costruzione preesistente suppongono la scissione tra la proprietà ed il diritto reale frazionario, che non si qualifica come diritto di proprietà, ma come diritto di superficie"; *Cass. civ., sez. II, 14 aprile 2004, n. 7051*; *Cass. civ.,*

l'autorevolezza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[176].

In definitiva, la nostra giurisprudenza sembra avere respinto l'idea di un autonomo diritto di proprietà esercitabile sullo spazio aereo sovrastante il fondo a prescindere da quest'ultimo, conservando la materialità di principio dell'oggetto della proprietà immobiliare. Solo il tempo potrà dire se le istanze degli attori economici, in particolare del mondo delle costruzioni, continueranno a realizzarsi soddisfacentemente, nel campo del diritto civile, sotto la forma di diritto reale di costruire sul suolo altrui, oppure se l'esigenza "postmoderna" di poter disporre giuridicamente a titolo di proprietà di volumi non ancora edificati nel quadro di operazioni di costruzione di ampio respiro su suoli urbani si farà pressante anche nel nostro ordinamento, spingendo i giudici o il legislatore a dare accoglienza a impostazioni più innovative, che pure, come il contenzioso in proposito dimostra, certamente non possono dirsi estranee alla nostra mentalità economica e giuridica. È anche vero che il superficiario italiano – pur non potendo disporre di un diritto di proprietà su un volume immateriale, bensì soltanto, una volta realizzata la costruzione, di una proprietà su tale bene materiale separato dal suolo – prima dell'edificazione potrà comunque disporre di un diritto di superficie, attributivo di tutte le prerogative di una situazione giuridica di natura reale sul fondo altrui[177]

sez. II, 22 novembre 2004, n. 22032; *Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2005, n. 12880*; v. anche A. Luminoso, *Alienazione di "scatola d'aria", nullità e conversione in costituzione di diritto di superficie, nota a Trib. Cagliari, 29 settembre 1997, n. 1259*, in *Rivista giuridica sarda*, 1999, pp. 119 ss.: l'Autore, che sulla base di considerazioni di diritto positivo, respinge l'impostazione della proprietà di una "scatola d'aria", ne evidenzia però una certa diffusione nella prassi notarile; R. Caterina, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2009, pp. 206-207; A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 336. Interessanti le riflessioni sui volumi spaziali come oggetto della proprietà immobiliare svolte da U. Grassi, *Il diritto di superficie come diritto «derogatorio»: questioni in tema di possesso*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 1138-1140, che riconosce il fascino di tale costruzione teorica, pur ritenendo la stessa non rispondente allo stato del diritto positivo.

[176] *Cass. civ., ss.uu., 4 maggio 1989, n. 2084*; v. anche *Cass. civ., ss.uu., 30 luglio 2007, n. 16794*; cfr. G. Benetti, *La donazione di diritti*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, VI: le donazioni*, Milano, 2009, pp. 474-476.

[177] Per esempio, per la prospettazione del caso in cui alcuni soggetti s'impegnino

e come tale, purché si siano rispettate le regole in materia di trascrizione, pienamente opponibile ai terzi e suscettibile d'ipoteca, nonché commercializzabile. La differenza con il modello francese risiederà allora soprattutto nell'aspetto simbolico del carattere dominicale o meno del diritto conferito; e non si dimentichi che anche in Francia non sono mancate impostazioni teoriche che, pur accogliendo quanto praticato nel mondo delle grandi costruzioni, ne hanno offerto una ricostruzione, forse più macchinosa, che non ricorre a una piena proprietà dei volumi spaziali prima dell'effettiva costruzione. Per contro, è proprio la citata sentenza delle nostre Sezioni Unite a evidenziare alcune differenze pratiche che la qualificazione come pieno diritto di proprietà oppure come diritto reale sul fondo altrui può comportare, laddove essa afferma l'impossibilità del costituente il diritto, qualificato come superficie sul fondo altrui e non come piena proprietà, di riservarsi l'usufrutto sul diritto donato, "non essendo concepibile la riserva di usufrutto in relazione ad un diritto di superficie, ex art. 952 c.c."[178]. Se non può costituirsi l'usufrutto di un mero diritto reale di costruire, la concessione di una servitù su di esso pare non meno problematica[179], laddove la qualificazione del diritto come piena proprietà sarebbe foriera di ben maggiore certezza; ed è superfluo rammentare quanto l'esistenza di una rete di servitù tra i proprietari di spazi da costruire sia vitale per la prospettazione di qualsiasi realistico progetto di ampio respiro di costruzione nei volumi. Non sembra piena-

a costruire un edificio condominiale sul terreno acquistato *pro indiviso*, configurando negozialmente le costituende unità immobiliari come oggetto di un diritto ex art. 952 c.c., v. G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 26-33.

[178] *Cass. civ., ss.uu., 4 maggio 1989, n. 2084.*

[179] Cfr. artt. 1077, 1078 C.c.; v. B. Biondi, *Le servitù*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1967, pp. 272-273: "Se la costruzione è eseguita, il superficiario ne è diventato proprietario e conseguentemente su di essa si può costituire qualunque servitù. […] Se invece la costruzione non esiste, il superficiario non può costituire alcuna servitù perché ancora non esiste il fondo, e la servitù si può costituire sulla costruzione, come entità reale, e non sul diritto di costruire"; v. anche G. Branca, *Servitù prediali, art. 1027-1099*, VI ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1987, p. 46: "poichè [il superficiario] non dispone pienamente del fondo, ogni servitù che egli stabilisca prima ancora d'aver esercitato il suo diritto sull'area fabbricabile, riguarda normalmente l'edificio come cosa diversa dal terreno".

mente soccorrere neanche il comma secondo dell'articolo 1029 del Codice civile, in virtù del quale la costituzione di una servitù è ammessa

> a favore o a carico di un edificio da costruire o di un fondo da acquistare; ma in questo caso la costituzione non ha effetto se non dal giorno in cui l'edificio è costruito o il fondo è acquistato.

Al di là dei dibattiti sulla natura del diritto costituito prima dell'effettiva edificazione[180], tale previsione pare in ogni caso non adattarsi alle necessità della fase della costruzione[181]. Ancora, il diritto di superficie, se l'edificazione non ha luogo, è soggetto a prescrizione ventennale, a differenza di un pieno diritto di proprietà su un volume spaziale, che può pertanto offrire all'acquirente dell'immobile da costruire una situazione di maggiore solidità[182] a fronte delle vicende (nei casi più gravi, di fallimento) e delle inadempienze contrattuali del costruttore.

C. *Il contratto di cessione di volumetria edificabile in Italia*

Per evitare confusioni, occorre a questo punto fare quantomeno menzione di un'altra figura divenuta ormai familiare al giurista italiano: il contratto di trasferimento di cubatura (volumetria) edificatoria[183]. L'oggetto della cessione si differenzia sensibilmente da quanto preso in considerazione nelle pagine precedenti, pur presentando alcuni punti di contatto. Il contratto nasce nella prassi, con l'avallo della giurisprudenza amministrativa (e via via di qualche regolamento urbanistico locale), nel quadro dell'adozione da parte delle pubbliche auto-

[180] Su cui v. G. Branca, *Servitù prediali*, *art. 1027-1099*, VI ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1987, pp. 41 ss.

[181] Cfr. *Cass. civ., sez. II, 23 marzo 2017, n. 7562*.

[182] Per le tutele attualmente offerte dall'ordinamento giuridico italiano all'acquirente d'immobile da costruire, v., in particolare, d.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005; cfr. A. Luminoso, *La compravendita*, VII ed., Torino, 2011, pp. 72-74, pp. 453 ss.

[183] Per l'ampia bibliografia in materia, v. in particolare le fonti citate da A. Candian, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv., sezione civile: aggiornamento*, Torino, 2000, p. 735.

rità della tecnica urbanistica degli standard destinati a garantire un ordinato sviluppo edilizio, e in particolare dello standard

planovolumetrico, mediante il quale viene assegnata a ciascun fondo una certa volumetria edificabile in funzione della sua estensione. Tale standard quindi si esprime mediante un rapporto tra mq di terreno disponibile e mc di edilizia edificabile su medesimo. […] [L]a funzione degli standards planovolumetrici, essendo di natura squisitamente urbanistica, pone gli stessi in posizione di indifferenza rispetto ai confini, e quindi alle dimensioni, delle proprietà private. Ciò che rileva infatti non è la distribuzione delle potenzialità edificatorie tra i proprietari esistenti, ma la distribuzione del carico edilizio sul territorio, indipendentemente dal modo con cui esso è attualmente frazionato tra i privati[184].

Per chi desideri costruire sul proprio fondo oltre la volumetria a esso associata, in conformità con le prescrizioni urbanistiche, come alternativa al semplice acquisto di altri fondi del territorio (o della costituzione su di essi in proprio favore di un "ordinario" diritto di superficie) per conseguire un'ulteriore volumetria si è ben presto evidenziata la possibilità di acquistare la mera cubatura edificabile dai vicini non interessati a costruire sul loro terreno e disposti a rinunciarvi, pur restando pieni proprietari dell'immobile. Oltre che tra privati, una certa cubatura può anche essere – come previsto da varie leggi regionali – attribuita dal Comune a un soggetto

al di là di quanto previsto dagli strumenti urbanistici, nel contesto, ad esempio, dei c.d. accordi compensativi, a fronte della cessione di terreni, o perequativi o premiali, per la realizzazione di interventi di riqualificazione urbana e recupero ambientale (art. 1, c. 258-259, L. 07/244; art. 11, L. 08/133) […]. Il soggetto acquisisce così il c.d. credito di volumetria, cioè la possibilità di chiedere di poter costruire per quella data cubatura, su un terreno ricompreso peraltro in un dato comparto edilizio predefinito. Questo c.d. credito può essere trasferito e circolare autonomamente, perché il terreno sarà determinato all'interno del comparto solo nel momento in cui sarà utilizzato, con la richiesta di costruire, da parte del proprietario del terreno, cessionario del credito stesso, chiunque esso sia. Non c'è dunque una immediata cessione da un terreno al terreno contiguo, perché le cessioni possono essere innumerevoli, senza riferimento ad un dato terreno[185].

[184] A. Candian, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv., sezione civile: aggiornamento*, Torino, 2000, p. 736.

[185] F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015, p. 273;

Si può notare come il sistema, via via recepito da strumenti normativi, si sia fatto sempre più sofisticato, incidendo variamente su rapporti giuridici regolati da più fonti, con il possibile coinvolgimento di vari privati e delle autorità comunali.

Tra i molteplici profili della figura in esame, di maggiore interesse per il filo della presente trattazione appare quello della qualificazione civilistica del contratto[186], che funge da titolo per conseguire una concessione edilizia comprensiva di un surplus di cubatura per chi ne abbia fatto acquisto: un'annosa questione, nel cui dibattito non ha mancato di essere evocata la figura del diritto di superficie[187]; varie soluzioni proposte a questo prolema ricalcano curiosamente proprio la discussione che nel vigore nel Codice del 1865 aveva riguardato l'inquadramento giuridico della concessione edificatoria e quello dello spazio aereo[188]. La stessa Cassazione ha qualificato la convenzione di trasferimento di volumetria come trasferimento di un diritto reale immobi-

sulla natura del bene, l'Autore precisa (stessa pagina) che la cubatura "non è un bene immateriale, ma la formula ingegneristica con la quale si indicano, in termini matematici, le dimensioni che potrà avere una costruzione, in punto di metri cubi edificabili in base agli strumenti urbanistici"; la qualifica di bene immateriale è invece difesa da A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 332 ss.

186 Sembrando carenti le ricostruzioni della fattispecie in soli termini pubblicistici: v. M. Libertini, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contratto e impresa*, 1991, pp. 86-88. Per una qualificazione di mero interesse legittimo pretensivo nei confronti dell'amministrazione che l'astratta volumetria riconosciuta dal potere di piano o da altre fattispecie equipollenti possa concretizzarsi con il rilascio del titolo abilitativo, A. Bartolini, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 2007, p. 304; *Cass. civ., sez. II, 12 settembre 1998, n. 9081*.

187 V. S.G. Selvarolo, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, pp. 66-67: "L'art. 952, intestato alla costituzione del diritto di superficie, configura due diverse fattispecie costitutive del diritto stesso [...]. V'è da chiedersi se sia possibile prospettare una terza ipotesi nei termini seguenti: il proprietario del bene immobile non concede al terzo il diritto di edificare sul proprio suolo, né desidera procedere personalmente al suo sfruttamento. Più propriamente l'oggetto della cessione è la potenzialità edificatoria che viene trasferita ad un terzo, proprietario di un'area contigua o anche non contigua, ma ricadente in una zona urbanisticamente omogenea al suolo da cui si scorpora il volume edificabile"; v. anche A. Iannelli, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giurisprudenza di merito*, 1977, IV, pp. 740-744.

188 A. Candian, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, pp. 60-61.

liare[189], o come servitù prediale di contenuto atipico[190], mentre nella dottrina si sono proposte ricostruzioni come servitù di non edificare[191], da alcuni aggettivata come finalizzata o qualificata, in cui il peso gravante sul fondo servente non consiste solo in un *non facere* (non edificare), ma anche in un *pati* (sopportare che, su un certo fondo confinante, insista una costruzione di volume superiore agli indici di densità fondiaria stabiliti dallo strumento urbanistico)[192]; rinunzia abdicativa[193]; rinunzia traslativa o vero e proprio trasferimento riferito a un diritto reale immobiliare[194], opzione accolta pure dalla giurisprudenza sopra citata, di particolare interesse in quanto costituisce un significativo affievolimento del dogma della materialità nel diritto immobiliare[195]; un diritto di superficie "atipico"[196], come già menzionato; un

[189] *Cass. civ., sez. I, 6 luglio 1972, n. 2235, MFI, 1972, 679*; *Cass. civ., sez. I, 9 marzo 1973, n. 641, MFI, 1973, 175*; *Cass. civ., sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231, Rivista del notariato, 1975, II, 547*; *Cass. civ., sez. I, 8 ottobre 1976, n. 3334, MFI, 1976, 682*; *Cass. civ., sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807*; v. anche *Cons. St., sez. V, 13 agosto 1996, n. 918, Il foro amministrativo, 1996, 2296*; *Cass. civ., sez. V, 14 maggio 2003, n. 7417*.

[190] *Cass. civ., sez. I, 25 ottobre 1973, n. 2743, Rivista del notariato, 1975, II, 547*; *Cass. civ., ss.uu., 20 dicembre 1983, n. 7499, RFI, 1984, Edilizia e urbanistica, 245, 811*.

[191] G.B. Picco, A.M. Marocco, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Rivista del notariato*, 1974, I, pp. 626 ss.; N. Grassano, *La cessione di cubatura*, in *Rivista del notariato*, 1992, I, pp. 1069 ss.; sostiene lo schema della *servitus altius non tollendi*, diffuso nella prassi notarile, A. Guarneri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, p. 77.

[192] M. Libertini, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 93; quando però manchi il requisito della vicinanza, l'Autore (p. 94) ripiega su un diritto reale atipico.

[193] R. Triola, *La «cessione di cubatura»: natura giuridica e regime fiscale, nota a Cass. civ., sez. I, 9 marzo 1973, n. 641*, in *Rivista del notariato*, 1974, II, p. 115; *Cass. civ., sez. II, 29 giugno 1981, n. 4245, RFI, Edilizia e urbanistica, 314, 814*.

[194] S. Scarlatelli, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giustizia civile*, 1995, II, pp. 287 ss.

[195] Tale impostazione, infatti, incontra ostacoli non solo "nell'idea che la proprietà non possa ridursi ad una serie di facoltà separabili, e separatamente sottoponibili a vincoli e diritti reali", ma anche "nell'idea che i diritti reali, tipici o (se si ammettono) anche atipici, hanno comunque, come elemento essenziale, l'inerenza ad una *res* materiale determinata; qui avremmo invece un diritto che si sposta da una *res* ad un'altra, e che viene a configurarsi come una facoltà astratta, come tale non compatibile con la concretezza insita nel concetto di diritto reale" (M. Libertini, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contratto e impresa*, 1991, pp. 90-91).

[196] Vale la pena ricordare come un "ordinario" contratto di cessione di superficie

diritto reale atipico, non qualificabile come superficie[197]; un vincolo di destinazione a carico del fondo e a favore di un fondo dominante, latamente assibilabile a un vincolo d'inalienabilità *ex* art. 1379 ma atipico, e in particolare perpetuo e reale, opponibile ai terzi salva trascrizione, in virtù della presenza di un superiore interesse pubblico[198]; una cessione, atipica, della posizione contrattuale attiva assunta dal privato concessionario verso la pubblica amministrazione concedente[199]. Certo è che, attualmente, con l'introduzione (con il decreto legge n. 70 del 13 maggio 2011) di un numero 2 bis all'articolo 2643[200], che ha reso soggetti a trascrizione a fini di opponibilità ai terzi anche

> i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale,

non può più porsi in dubbio la natura reale, e non meramente risarcitoria, della tutela dell'acquirente del diritto[201]. Tale

possa ragionevolmente realizzare l'intento perseguito dai contraenti. Tuttavia, forse sperando in un più conveniente regime fiscale (ma proprio a fini fiscali le citate sentenze di Cassazione hanno voluto ricondurre l'operazione a un trasferimento di diritto immobiliare), forse perché la costituzione di un vincolo reale di tale portata avrebbe ecceduto l'intento effettivamente perseguito dalle parti contraenti, la tipologia contrattuale più diffusamente affermatasi nella prassi non è stata questa, bensì quella di una mera cessione dei diritti urbanistici edificatori previsti dalla normativa amministrativistica, presupposto per l'attribuzione all'acquirente di una maggiore cubatura dal parte della p.a.

197 V. M. Di Paolo, *Trasferimenti di cubatura d'area e «numero chiuso» dei diritti reali, nota a Cass. civ., sez. I, 25 ottobre 1973, n. 2743, Cass. civ., sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231*, in *Rivista del notariato*, 1975, II, pp. 547 ss.

198 N.A. Cimmino, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Rivista del notariato*, 2003, I, pp. 1137 ss.

199 P.L. Trojani, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita notarile*, 1990, pp. 298-305.

200 V. anche art. 2645 *quater*.

201 F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015, p. 274, secondo il quale, prima della novella, la cessione di cubatura aveva solo l'effetto di obbligare a sottoscrivere dei confronti del Comune l'atto di asservimento; in precedenza, per la tesi obbligatoria, anche A. Candian, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv., sezione civile: aggiornamento*, Torino, 2000, pp. 739-740 (quantomeno come alternativa per le parti negoziali all'opzione di una servitù di non edificare); della stessa Autrice, v. anche, *amplius*, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990; cfr. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 341: "è da sottolineare che il disposto dell'art. 2643, comma 2-bis, non richiede che l'acquirente

scelta legislativa, volta a istituzionalizzare e a dare una certa solidità al meccanismo da tempo affermatosi nella prassi, non risolve in ogni caso alcuni rischi e incognite connessi all'operazione: la non trascrivibilità del fatto estintivo del diritto consistente nella sua effettiva utilizzazione attraverso l'ottenimento del permesso di costruire per una volumetria maggiorata e il rischio di variazioni della volumetria edificabile del territorio interessato da parte della pubblica amministrazione (quantomeno per le cubature acquistate da altri privati a cui erano state attribuite con funzione perequativa, più difficilmente per quelle ottenute in corrispettivo dai Comuni per le cessioni gratuite di aree per realizzarvi dei pubblici servizi)[202].

Anche in Francia uno schema paragonabile al contratto di trasferimento di volumetria (più propriamente, il trasferimento, quando ammissibile, del COS: coefficiente di occupazione dei suoli) è ben noto, con l'importante differenza del tempestivo sviluppo di una regolamentazione normativa esaustiva e in continua evoluzione; la latente permeabilità alle istanze di accoglimento dell'immateriale nel sistema dei diritti reali, per le ragioni che si sono osservate, aveva favorito la diffusione di tali configurazioni[203]. Lo strumento di questo coefficiente è stato però recentemente soppresso dalla legge numero 2014-366 del 24 marzo 2014, nell'ottica di un approccio più liberale al tema dell'edificazione dei suoli tale da consentire una maggiore densità abitativa degli spazi sovrastanti[204].

dei diritti edificatori sia proprietario di un'area edificabile e quindi può rendersi acquirente di essi anche chi non sia legittimato ed edificare in concreto, dando luogo al fenomeno che si è convenuto di denominare poeticamente come quello dei diritti edificatori in "volo" [...] e pertanto chi acquista una edificabilità potenziale non è vincolato a trasformarla immediatamente in edificazione in concreto, e ciò consente un notevole ampliamento della platea dei possibili acquirenti che possono presentarsi sul mercato"; *Cass. civ., sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807*; *Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352*; *Cons. St., sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637*; sul tema della trascrizione del diritto, v. già F. Felis, *Superficie e fattispecie atipiche*, in *Contratto e impresa*, 2011, pp. 645 ss., nonché gli autori ivi citati.

202 A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 339-344.

203 Per un'analisi comparativa, A. Candian, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, pp. 180 ss.

204 Cfr. J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, X ed., Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 237: "Cette suppression brutale d'un mécanisme très utilisé de gestion de la densité ne va pas sans soulever

In definitiva, la tematica della cessione delle volumetrie edificabili si differenzia da quella dei diritti esercitabili sulla colonna d'aria sovrastante il suolo, la seconda concernendo essenzialmente lo *ius excludendi* dominicale dallo spazio riferibile al fondo sottostante, la prima toccando invece il profilo dello *ius fruendi* di una proprietà fondiaria profondamente conformata dalla normativa edilizia, in un contesto in cui alcune utilità che possono essere tratte dal soprassuolo possono essere oggetto di circolazione giuridica senza propriamente operare deroghe al meccanismo dell'accessione, ovvero senza dare luogo a un diritto di superficie[205]. Si evidenzia lo sviluppo di una tecnica di trasferimento dei diritti edificatori alternativa a quella del più antico diritto di superficie, ma che di esso ripercorre in parte la funzione; e se la nozione codicistica di superficie, limitando con la sua positivizzazione l'estrema flessibilità dell'istituto, ha ostacolato l'accoglimento in Italia della figura della proprietà volumetrica e della relativa dematerializzazione dell'oggetto della proprietà immobiliare, un processo di dematerializzazione si è comunque sviluppato anche nel nostro ordinamento sul diverso ma parallelo sentiero del mercato delle volumetrie edificatorie, come la più accorta dottrina ha riconosciuto leggendo il fenomeno dei diritti edificatori come beni ai sensi dell'articolo 810, ben distinti da porzioni dello spazio aereo sovrastante il fondo, ma parimenti (e forse più) incorporali; su di essi può pertanto essere esercitato un diritto di proprietà (senza bisogno di fare ricorso a figure di altri diritti reali minori su cosa altrui), che può essere oggetto di alienazione[206]. Il tema non può essere ulteriormente approfondito in questa sede. Basti osservare la convergenza di diversi percorsi verso la dematerializzazione dell'oggetto della proprietà immobiliare e come il modello della superficie possa in parte essere funto da matrice e fonte d'ispirazione per operazioni giuridiche che si sono ben presto autonomizzate concettualmente da essa, pur mantenendovi in comune la proie-

des difficultés, mais les auteurs de la règle locale d'urbanisme doivent désormais apprendre à régir la densité par d'autres moyens (règles de hauteur, de gabarit, de prospect, d'emprise au sol…)".

205 V. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 107-108.

206 Cfr. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 332 ss.

zione verso un modello dominicale "postmoderno", in cui da un lato la forza trainante proviene ormai soprattutto dal variegato mondo dei mobili, dall'altro anche la proprietà immobiliare non può più considerarsi così solida e statica.

D. *Esperienze di* freehold estates *portanti su volumi di spazio nel mondo di* common law *(e uno sguardo ai sistemi misti)*

Ciò che, come si è visto, il giurista francese è abituato a chiamare "proprietà di volumi" – che la suprema giurisprudenza italiana rifiuta di ammettere nel nostro ordinamento, come anche quella belga sia pure contrastata da vari autori – è altresì possibile nel mondo di *common law*, trovandovi peraltro da tempo una particolare diffusione in alcuni ordinamenti; pure la forma, in Francia considerata maggiormente tradizionale, del condominio è diffusa in tali modelli giuridici. Uno spazio aereo intangibile può pertanto far parte di un fondo o dare luogo esso stesso a un autonomo fondo, oggetto di circolazione giuridica ed economica sotto forma di *fee simple estate*[207], essere oggetto di un *lease*, essere sottoposto a tassazione fondiaria, essere a sua volta ulteriormente suddiviso, ecc.[208]. Stratificazioni orizzontali dei diritti sul fondo, sopra o sotto il livello del terreno, sono allora ammissibili, come evidenzia lo stesso già citato testo del *Law of Property Act* del 1925 quando ne ammette divisioni tanto verticali quanto orizzontali e il principale ostacolo risiede piuttosto, in Inghilterra, nella difficoltà dell'ordinamento giuridico a inquadrare in regole sicure e consolidate, opponibili ai successori, la rete di obblighi reciproci tra i proprietari coinvolti nell'operazione, solo in tempi recenti essendo intervenuto

[207] Cfr. K. Gray, *Property in Thin Air*, in *The Cambridge Law Journal*, v. 50, 1991, p. 258: ""Land" is of course capable of almost infinite horizontal (and, for that matter, vertical) division. It follows that there can be multiple (and quite distinct) fee simple estates in the same "land", as for example where X owns the fee simple in the surface layer of the earth and Y owns the fee simple in a subterranean stratum and Z is simultaneously entitled in fee simple to the standing timber".

[208] K. Gray, *Property in Thin Air*, in *The Cambridge Law Journal*, v. 50, 1991, p. 259.

il *Commonhold and Leasehold Reform Act* del 2002[209]. Di conseguenza, la stratificazione orizzontale degli *estates in land*, quando rispondeva agli interessi degli utenti del diritto, si è più sovente ivi realizzata attraverso la creazione di *leaseholds* – di cui si approfondiranno le esperienze legate alla configurazione dei *community land trusts* – piuttosto che di *flying freehold estates*, pur non mancando esperienze di diverso segno[210], sviluppatesi nella pratica e avallate dai giudici[211]. Al di là dei tecnicismi, dietro tale conservatorismo concettuale inglese potrebbe affiorare in qualche misura anche una certa persistente influenza sociale del ceto tradizionale di *rentiers* e oggi probabilmente di più sofisticate forme di speculazione immobiliare rese possibili dall'esistenza più o meno remota di una situazione proprietaria "superiore" pronta a riaffiorare con il tempo a discapito del *lessee* di un contratto di lunga durata, escluso anche da molte delle tutele della legislazione sociale del XX secolo in quanto il lungo periodo del *lease* era apparso al legislatore una protezione sufficiente tale da farne quasi un "pieno" proprietario[212]. In ogni caso, come può osservarsi in alcune trattazioni contemporanee, le problematiche di oggi della scomposizione nello spazio dei titoli di appartenenza su costruzioni urbane anche di grandi dimensioni si pongono con insistenza anche nel mondo giuridico d'oltremanica, non mancando di creare tensioni con le pur snelle categorie di tale sistema:

> [p]articular problems can arise when a building is divided horizontally rather than vertically, the normal situation when one is considering a flat. In such cases, unless one is talking about a ground floor flat, what is in question is the ownership of a block of space surrounded by other flats.

[209] N.P. Gravells, *Land Law*, IV ed., Londra, 2010, p. 4.

[210] K. Gray, S.F. Gray, *Elements of Land Law*, V ed., Oxford, 2009, pp. 16-17; cfr. P. Sparkes, *A New Land Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2003, p. 710: "Most estates are firmly rooted in the soil, but it is not necessarily so. A freehold estate can be created in a cubic or polyhedric space not anchored to the earth. Flying freeholds exist by statute in Lincoln's Inn, and why not a hanging garden?"; l'Autore evidenzia (stessa pagina) anche la possibilità di *freehold* o *leasehold estates* portanti su spazi sotterranei.

[211] C. Van der Merwe, P. Smith, *Commonhold – A critical appraisal*, in *Modern Studies in Property Law*, vol. 3, Oxford, Portland (Oregon), 2005, p. 225.

[212] Cfr. M. Davey, *The Regulation of Long Residential Leases*, in *Modern Studies in Property Law*, vol. 3, Oxford, Portland (Oregon), 2005, pp. 203 ss.

While it is possible for such property to be owned in the same way as a house, such a form of ownership being, in the present context, known as a flying freehold, there are serious practical problems relating to ownership of this type of property. The principal problem is, when considering properties of this nature, that it is desirable to create a system of mutual obligations, such as the liability to contribute to the cost of maintenance of the common parts of the building and the lift. Insofar as freehold ownership is concerned, it is extremely difficult to ensure that such obligations remain binding upon successive owners of the flats and, for this reason, it is usual to find that such properties are dealt with the creation of a lease. In the future, some of these problems may be resolved by the implementation of the new scheme of landholding, termed commonhold[213].

Pertanto, vale la pena rimarcare come la soluzione più diffusa (soprattutto per i palazzi realizzati nel passato) alle problematiche della vita comune nei grandi edifici urbani inglesi, con l'imposizione reciproca di una complessa rete di obblighi di vicinato e di diritti sulle parti comuni, consista tuttora nella concessione degli appartamenti sotto forma di locazioni a lunghissimo termine[214] a conduttori per molti versi assimilabili a proprie-

[213] M.P. Thompson, *Modern Land Law*, IV ed., Oxford, 2009, pp. 11-12; v. anche B. McFarlane, N. Hopkins, S. Nield, *Land Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2009, pp. 966-967: "The missing link in this framework is the need for an effective mechanism for the maintenance and repair of the flat development. Here, there is a problem, because positive covenants […] to repair or contribute to the costs of repair are not enforceable against subsequent freehold owners. […] Lawyers have tackled this problem by utilising the lease, because […] positive obligations can be made to run with the leasehold estate in land. Rather late in the day, Parliament has addressed the issue with the introduction of 'commonhold' under the Commonhold and Leasehold Reform Act 2002. In so doing, it has followed the lead of other common law jurisdictions, which have enacted similar statutory solutions, known variously as 'strata', or 'condominium' title".

[214] Cfr. B. McFarlane, N. Hopkins, S. Nield, *Land Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2009, p. 968: "There are the leases of the individual flats granted for terms varying from 99 to 999 years, which are held by the flat owners, and the freehold reversion on those leases, which, together with the freehold of the common parts, is held by the landlord.

Originally, the developer of the flats, as the freehold owner of the development, will grant the leases. The developer then has a choice in its sale of the development. It can sell the whole development without retaining any interest by selling the leases of the individual flats to purchasers for their market value, together with a share in a management company to which the developer transfers the freehold of the whole development, subject to flat leases. Thus whilst the flat lessees own their own flats individually, they also communally own the freehold of the whole block, including the freehold of the common parts and the freehold reversion of the flat leases.

tari sostanziali[215], al punto di poter tendenzialmente disporre in tutta libertà del proprio diritto. Malgrado i pregi della struttura recentemente ideata del *commonhold*[216] – che ha innovativamente standardizzato una serie di regole, dalla predisposizione di un corpo permanente di gestione[217], all'imposizione

Alternatively, the developer can retain the freehold either directly or by transferring it to a company that it owns.

The developer will choose this latter option where it wishes to retain the investment and income-producing opportunities that the freehold reversion represents. The investment return lies not in the annual ground rent from the lease, which will be low, but in the capital value of the freehold reversion, which will increase as the leasehold terms run their course and fall to be renewed. Given the common length of leasehold terms, this is a very long-term investment".

[215] B. McFarlane, N. Hopkins, S. Nield, *Land Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2009, p. 968: tali contratti "are originally granted for an extended term at a market price (commonly referred to as a 'premium'), but for a low annual rental (commonly referred to as a 'ground rent'). They are leases, but, in terms of the value of the interest that they confer, they are intended to replicate the timeless ownership of freehold […]. The use of the long lease inevitably results in the division of estates in the land".

[216] Per una definizione legislativa, v. il primo articolo del *Commonhold and Leasehold Reform Act* del 2002, (1): "Land is commonhold land if —

(a) the freehold estate in the land is registered as a freehold estate in commonhold land,

(b) the land is specified in the articles of association of a commonhold association as the land in relation to which the association is to exercise functions, and

(c) a commonhold community statement makes provision for rights and duties of the commonhold association and unit-holders (whether or not the statement has come into force)".

[217] Cfr. E.H. Burn, J. Cartwright, *Modern Law of Real Property*, XVIII ed., Oxford, 2011, pp. 172-173: "The commonhold association is registered as proprietor of the freehold estate in the common parts, and each of the unit-holders is registered as proprietor of the freehold estate in the unit. […] The commonhold association is a private company limited my guarantee. Its purpose is to hold the registered commonhold title to the common parts of the property, and to manage the commonhold scheme […]. In substance, therefore, the commonhold association will be responsible for the repair and maintenance of the common parts, and for giving effect to the individual parties' rights and duties in respect of the whole commonhold scheme under the commonhold community statement"; la proprietà delle parti di uso comune da parte dell'ente di gestione rammenta quanto si è visto all'opera in Francia non nel modello della comproprietà immobiliare, bensì in quello (più individualista) della properietà di volumi; v. anche C. Van der Merwe, P. Smith, *Commonhold – A critical appraisal*, in *Modern Studies in Property Law*, vol. 3, Oxford, Portland (Oregon), 2005, p. 228: "To meet the lack of control by long lessees over the management of their premises, the framework legislation requires the existence of a commonhold association—its membership is, after the transfer by the developer of all the units, the unit holders. The association is so fundamental that it has to be in

ai proprietari di obblighi positivi, alle norme della ripartizione delle unità, alla trasmissione degli obblighi ai terzi acquirenti sin dal momento del trasferimento – il successo in termini di diffusione del nuovo assetto è rimasto limitato e circoscritto, la maggior parte degli utenti mantenendo (nella complessità peraltro della procedura di passaggio volontario da *leasehold* a *commonhold*) e continuando a ricorrere agli strumenti tradizionali. In effetti, ciò avviene in presenza di una legislazione ancora problematica e incompleta, per quanto riguarda, tra l'altro, la forma dell'ente di gestione e le regole della sua responsabilità patrimoniale verso i creditori, oltre alla fragilità dei sistemi di risoluzione delle controversie e di esecuzione forzata degli obblighi, con particolare riferimento alla riscossione dei pagamenti dovuti dai *commonholders* morosi[218]. Elementi di critica hanno anche investito la carenza di utilizzo di norme imperative, tale da permettere un'eccessiva proliferazione di schemi atipici, e la lacunosità di quanto disposto in tema di divisione in unità[219]. Il più recente assetto, che non è una nuova forma di *tenure*, bensì una nuova forma di *freehold estate in registered land*, rende tuttavia più agevole la circolazione economico-giuridica dell'*estate*, non minacciato dall'approssimarsi di una scadenza, nonché la possibilità di fare lo stesso oggetto di un'ipoteca[220].

Altri ordinamenti giuridici di *common law* presentano in materia quadri diversi e di notevole interesse. Per restare nell'ambito del *Commonwealth of Nations*, l'idea di *freehold estates* portanti sui locali di un edificio conosce una spiccata diffusione, per esempio, in Australia, in Nuova Zelanda e negli ordinamenti di *common law* in Canada. La natura federale di Australia e Canada rende impossibile fare riferimento a un unico quadro normativo e sociale, sebbene esistano alcuni tratti caratteristici, a partire, esemplificativamente, dalla presenza, fuori dalle città,

existence before any commonhold registration can be applied for".

218 P.F. Smith, *Apartment Ownership. The English Version Needs Reforming*, in *Stellenbosch Law Review*, 2013, pp. 185 ss.

219 C. Van der Merwe, P. Smith, *Commonhold – A critical appraisal*, in *Modern Studies in Property Law*, vol. 3, Oxford, Portland (Oregon), 2005, pp. 247-248.

220 E.H. Burn, J. Cartwright, *Modern Law of Real Property*, XVIII ed., Oxford, 2011, pp. 169-170.

di enormi distese di terra, scarsamente popolate, il cui titolo di appartenenza, per ragioni di ostilità ambientale o di tutela naturalistica o di minoranze etniche autoctone, è rimasto "alla Corona", *ultimate owner*, non solo in senso teorico[221], concedendovisi solo *estates* minori di *leasehold*. Guardando, invece, alle città, se in Nuova Zelanda una persona giuridica appositamente costituita (*body corporate*) è separatamente titolare degli elementi comuni[222], in Ontario, la più popolosa provincia canadese, nonché la provincia o Stato nordamericano con più edifici organizzati in condominio, tali elementi, siano concretamente di utilità collettiva o esclusiva di alcuni soltanto dei condomini, sono comunque a loro congiuntamente in capo, mentre ciascuno al tempo stesso è *freeholder* della propria unità immobiliare[223]. Tale articolazione in un'unità immobiliare oggetto di proprietà individuale e di elementi comuni oggetto di proprietà collettiva di tutti i comproprietari, secondo norme di legge – in particolare, rinvenibili attualmente nel testo del *Condominium Act* del 1998 – ampiamente integrate da statuti e regolamenti interni[224],

[221] Cfr. J. Engelbrecht, *Acquisition and Ownership of Real Property in Australia (South Australia, Victoria, Western Australia, Queensland, Tasmania, New South Wales)*, in *International Legal Practictioner*, 1979, pp. 113 ss.

[222] Per la disciplina neozelandese, che prevede *unit titles* che possono essere concessi tanto in *freehold* quanto in *leasehold*, v. *Unit Titles Act* del 19 aprile 2010.

[223] A. Loeb, *The Condominium Regime in Ontario*, sulla rivista neozelandese *Canterbury Law Review*, 2016, p. 1; v. anche p. 6: "By virtue of the statute, the condominium is the occupier of the common elements for liability purposes and has the status to sue and be sued on behalf of some or all of the owners".

[224] A. Loeb, *The Condominium Regime in Ontario*, in *Canterbury Law Review*, 2016, p. 3: "The By-laws of the condominium set out how the condominium will be organised and how it will be run. By-laws deal with matters such as the number and qualification of members of the Board of Directors, the officers of the corporation, the conduct of meetings, the collection of common expenses, special assessments, costs of default in payment of common expenses, occupancy standards, insurance to be carried by the condominium and deductibles, procedures to be followed by the condominium, including the calling, holding and conduct of general and special meetings, as well as the election, removal and replacement of directors and other matters as permitted by the Condominium Act. […] There are also Rules of the condominium which regulate the owners' daytoday living environment. These are similar to the provisions one would see in a rental agreement and are intended to regulate the residents' behaviour in the units and common element areas". Altri documenti risultano di particolare importanza (v. stessa pagina): "The Declaration is the equivalent of the constitution of the condominium. It outlines the division of ownership within the condominium by identifying the units and a subset of

richiama al pensiero quanto si è visto essere all'opera, tra l'altro, nel modello francese. È interessante osservare lo scarso successo nella pratica della possibilità, quale pure consentita dalla legge dell'Ontario, d'istituire un *leasehold condominium* più prossimo al modello inglese, prevedendosi che il costruttore abbia sul fondo un mero diritto di *lease*, compreso tra 40 e 99 anni con facoltà di rinnovo e ritorno alla fine dell'edificio condominiale al *lessor*[225]. Si riscontra pertanto una certa trasversalità delle soluzioni rispetto alla dicotomia *civil law/common law*, rispetto a cui la varietà delle esigenze pratiche e delle mentalità giuridiche come effettivamente sviluppatesi può dare luogo a significativi scostamenti. Nella molteplicità di legislazioni canadesi – sempre perseguendo l'intento di accomodare reciprocamente proprietà privata individuale di alcuni locali, una struttura collettiva che coinvolge più unità e una proprietà condivisa di elementi comuni[226] – anche un'altra provincia, la British Columbia, costituisce un esempio di rilievo, in quanto prima località in Canada a dare una cornice legale al condominio con lo *Strata Titles Act* del 1966, creando dei separati *fees simple* portanti sui diversi lotti; è ivi una tecnica utilizzata in misura crescente a partire dagli anni '70 dello scorso secolo[227], con una

common elements called exclusive use common elements, if any. It also sets out the percentages of ownership each unit has in the property and the percentage that each unit contributes to the monthly common expenses (usually the same figure). The Declaration will also set out the boundaries of the units, the restrictions on the use and occupancy of the units and common elements, the contractual obligations of the condominium and the maintenance and/or repair obligations of the owners and the condominium. […] The Description is a detailed plan of the boundaries, layout and location of the units, common elements and exclusive use common elements in the condominium. It should mirror the written wording of the boundaries of the units set out in the Declaration"; cfr., diffusamente, A. Loeb, *The Condominium Act: A User's Manual*, V ed., Toronto, 2018.

[225] A. Loeb, *The Condominium Regime in Ontario*, in *Canterbury Law Review*, 2016, p. 5.

[226] British Columbia Law Institute, *Report on Strata Property Law, Phase One*, 2012, p. 3.

[227] D.C. Harris, *Owning and Dissolving Strata Property*, in *UBC Law Review*, 2017, pp. 935 ss.; l'articolo dedica particolare attenzione alle regole (e alle necessarie procedure e maggioranze) concernenti l'ipotesi di dissoluzione dell'assetto, nel cui caso (p. 944) "the former owners of individual strata lots become tenants-in-common of the property that had been within strata property. Each holds an undivided share (or fractional interest) of the whole. This conversion of individual interests

legislazione in continua evoluzione che ormai riguarda porzioni importanti degli immobili urbani, che, in città come Vancouver, a fronte della scarsità degli spazi edificabili, si sviluppano in altezza in misura spesso molto notevole. L'atto legislativo del 1966, come osservato dalla dottrina locale,

> is an imperfect amalgam of real property concepts and corporate law provisions. The Act created a new form of land tenure. Under the Act, land may be subdivided into strata lots defined on a strata plan filed in the Land Title Office. Each owner of a strata lot is the registered owner in fee simple of that strata lot under a separate certificate of title issued by the Land Title Office. Each owner also holds an undivided interest as a tenant in common in that part of the land that is not comprised of strata lots and that is shown on the strata plan, called in the Act "common property". The total land defined by the strata plan, being all of the strata lots and the common property, comprises the strata land[228].

Proprio in un'ottica di ulteriori riforme, vi è oggi in British Columbia una crescente attenzione per l'adozione di assetti fondati sull'idea di *leasehold strata*[229], con una scelta terminologia che rammenta come anche la tecnica, maggioritaria in Inghilterra, del *lease*, possa esplicitamente coniugarsi con l'intento di una scomposizione spaziale oltre che temporale dei titoli di appartenenza sull'immobile. Nel vocabolario utilizzato, si distingue tra *strata lots* individualmente appropriati e *common properties* collettive, secondo quote che determinano la consistenza dei diritti e dei doveri di ciascuno; una *strata corporation* di cui sono membri tutti i proprietari è l'organo di gestione, con una piena soggettività giuridica che non sottrae però i proprietari dall'essere anch'essi responsabili almeno per alcuni

into undivided shares of common property serves as compensation for the loss of individual interests".

228 R. Wilson, *Sale of Strata Land*, in *The Advocate*, 2016, p. 663.

229 Cfr. British Columbia Law Institute, *Report on Strata Property Law, Phase One*, 2012, p. xii: "In a leasehold strata, the land is subject to a ground lease. The occupants of each strata lot are tenants. The landlord of a leasehold strata must be a legislatively identified public authority. The list of bodies that qualify as public authorities is rather short. Consultation participants recommended a thorough examination of this requirement. Expanding opportunities to create leasehold stratas could contribute positively to housing affordability in British Columbia. Consultation participants also Suggested that a number of operational issues for leasehold stratas are worthy of further consideration".

dei debiti contratti[230]. La scelta lessicale di alludere a "strati" – invece che a un "condominio", come più familiare tanto a noi quanto a molti giuristi degli Stati Uniti d'America – risulta a sua volta essere stata inizialmente importata dall'Australia (e, in particolare, dal New South Wales)[231], che in tale campo si era già rivelata una vera pioniera, rimanendo poi nell'uso.

Nel New South Wales australiano, una prima disciplina degli *strata titles* risale già al *Conveyancing (Strata Titles) Act* del 1961, pienamente frutto di un'elaborazione autoctona, ideato da una commissione sponsorizzata dall'imprenditoria privata, in seguito a una fase di audizione di tutti i soggetti interessati, raccogliendone suggerimenti e critiche; la legge veniva infatti incontro alla prassi, che già da tempo per realizzare assetti di dissociazione giuridica dell'immobile era costretta a ricorrere a vie traverse e problematiche come l'intestazione dell'intero edificio a una società, i cui associati, senza avere alcun *estate in land*, beneficiavano di un diritto di occupazione esclusiva di alcune parti, oppure come l'utilizzo di *leasehold estates* di lunga durata, la cui disciplina legale risultava però molto meno flessibile e vantaggiosa rispetto al modello inglese, ponendo molteplici intoppi e complicazioni[232]. L'organo di gestione

[230] British Columbia Law Institute, *Report on Strata Property Law, Phase One*, 2012, pp. 7-8; v. anche R. Wilson, *Sale of Strata Land*, in *The Advocate*, 2016, p. 663: "The Act also created an administrative entity responsible for the maintenance and repair of the common property. This entity comprises a body corporate having some characteristics of a company formed under corporate legislation and other characteristics reflecting the administration of this new form of land tenure. This entity is called in the Act a strata corporation. Unlike a business corporation, a strata corporation does not have shareholders. Its members are the owners of the strata lots. At the same time, the strata corporation conducts its maintenance and repair duties relating to the common property in much the same manner as if it were a business corporation. Thus it has a board of directors of sorts, elected by the members at an annual general meeting ("AGM"). Unlike a business corporation which owns land, a strata corporation hasno ownership right or title to the land defined by the filed strata plan".

[231] British Columbia Law Institute, *Report on Strata Property Law, Phase One*, 2012, pp. 4-5; R. Wilson, *Sale of Strata Land*, in *The Advocate*, 2016, p. 663.

[232] J.H. Watson, P.J. Grimes, *The Strata Titles of New South Wales, Australia*, in *The Saskatchewan Bar Review*, 1965, pp. 265-266; v. anche (p. 266): "An owner wishing to convert his building to a strata scheme will first register a strata plan. This plan comprises a ground plan showing the building perimeter in relation to title boundaries, and a series of floor plans showing each unit (in the Act termed "lot")

collettivo, *body corporate*, era ideato in modo da non essere in alcun modo proprietario delle parti comuni, ma, ricalcato per molti versi sul modello di una società commerciale, titolare di una funzione di esecuzione degli statuti e di controllo, gestione e amministrazione della proprietà comune[233]. La legislazione attuale in materia è piuttosto composita in tale Stato australiano e prevede la possibilità di configurare tanto *strata schemes*[234], quanto *leasehold strata schemes*[235], rispettivamente corredati di complessi *corpora* normativi di regole di gestione e amministrazione. Alcune definizioni contenute nei testi di legge risultano di particolare interesse. Così, un "lot"

means one or more cubic spaces forming part of the parcel to which a strata scheme relates, the base of each such cubic space being designated as one lot or part of one lot on the floor plan forming part of the strata plan, a strata plan of subdivision or a strata plan of consolidation to which that strata scheme relates, being in each case cubic space the base of whose vertical boundaries is as delineated on a sheet of that floor plan and which has horizontal boundaries as ascertained under subsection (2), but does not include any structural cubic space unless that structural cubic space has boundaries described as prescribed and is described in that floor plan as part of a lot"; uno "structural cubic space" può descriversi come un "cubic space occupied by a vertical structural member, not being a wall, of a building,

(b) any pipes, wires, cables or ducts that are not for the exclusive enjoyment of one lot and:
   (i) are in a building in relation to which a plan for registration as a strata plan was lodged with the Registrar-General before the day appointed and notified under section 2 (3) of the *Strata Titles (Development Schemes) Amendment Act 1985*, or
   (ii) in any other case – are in a building or in a part of a parcel that is not a building,

(c) any cubic space enclosed by a structure enclosing any such pipes, wires,

in relation to the external walls of the building. […] The plan also bears a schedule allocating to each lot its approximate proportionate value. It is a schedule "specifying in whole numbers the unit entitlement of each lot and a number equal to the aggregate unit entitlement of all lots". The unit entitlement of his lot determines the proprietor's proportionate liability to contribute to outgoings and, as will be mentioned shortly, certain voting rights and the quantum of certain proprietary interests".

233 J.H. Watson, P.J. Grimes, *The Strata Titles of New South Wales, Australia*, in *The Saskatchewan Bar Review*, 1965, p. 267.

234 V. *Strata Schemes (Freehold Development) Act* 1973, n. 68.

235 V. *Strata Schemes (Leasehold Development) Act* 1986, n. 219.

cables or ducts"; mentre "common property" "means so much of a parcel as from time to time is not comprised in any lot[236].

In alternativa agli *strata schemes*, si riscontra la possibilità dello *stratum lot*, suddivisione spaziale in volumi tridimensionali oggetto di appropriazione senza bisogno di prevedere parti in proprietà collettiva, attraverso piani orizzontali (o inclinati) che limitano lo spazio in altezza, profondità o entrambi, facendo riferimento a coordinate senza richiedere la presenza di una costruzione effettivamente sul suolo, potendosi suddividere anche solo un volume d'aria; uno *stratum* può a sua volta essere concesso in *freehold*, permanentemente, o in *leasehold*, con un ritorno poi al proprietario originale che mantiene così nel lungo periodo il controllo sull'utilizzo del suolo[237].

Si riscontra in ogni caso in Australia una molteplicità di legislazioni statali nella materia in discorso – ogni Stato e territorio ha adottato una sua normativa in proposito e, oltre a quanto menzionato, è sin dall'inizio molto rilevante anche quella di Victoria, dove si trova la grande città di Melbourne, laddove riveste una certa importanza pure quella del Queensland – integrate dagli spazi più o meno ampli lasciati all'autonomia privata, con varietà di denominazioni e regole, anche per quanto riguarda la delicata tematica della risoluzione dei conflitti e delle dispute, una cui certa frequenza (tra i circa tre milioni di australiani che hanno scelto tale assetto giuridico per la propria abitazione) ha attirato l'attenzione della dottrina sulla problematica[238]. Anche lo *stratum lot*, forma esplicita di situazione di

[236] Per tali definizioni, v. *Strata Schemes (Freehold Development) Act* 1973, n. 68, part. 1 (Preliminary), 5 (Definitions).

[237] J. Paulsson, *3D Property Rights – An Analysys of Key Factors Based on International Experience*, tesi Stoccolma KTH, 2007, p. 186.

[238] V. K. Douglas, R. Leshinsky, P. Condliffe, *Conflict in Strata Title Developments: The Need for Differentiated Dispute Resultion Rules*, in *Adelaide Law Review*, 2016, pp. 163 ss.; gli Autori propongono anche (p. 167) un'interessante nozione generale di *strata schemes*, trasversale alle diverse leggi positive statali: "A strata scheme is a building or collection of buildings where individuals have title to a small portion known as a 'lot' and share access to and responsibility for the maintenance of common property. In an apartment building, for example, a buyer purchasing a unit would receive title to a 'lot' comprising a private apartment and a share in the common property that includes areas such as lifts, stairwells, access lanes, visitor car parks and recreation facilities such as function rooms, swimming pools and tennis courts.

appartenenza portante su un volume spaziale, è diffusamente praticato in diversi Stati dell'Australia[239], con soluzioni delle problematiche dei rapporti di vicinato che possono ricordare da vicino quanto si è constatato operare nella proprietà di volumi francese[240].

Un cenno va poi dedicato agli Stati Uniti d'America, i cui ordinamenti giuridici statali, fatta eccezione per la Luisiana, rientrano a pieno titolo nel mondo di *common law*. La massima tradizionale che vuole il titolo sul suolo esteso verticalmente fino al cielo è ivi, ancora più che in Inghilterra, guardato con realismo e distacco e, quantomeno per quanto riguarda lo spazio più alto, oltre una certa quota, la sua destinazione al pubblico passaggio della navigazione aerea è stato espressa-

The plan of subdivision will determine the common property and the specification of boundaries will define shared areas"; cfr. K. Everton-Moore, A. Ardil, C. Guilding, J. Warnken, *The Law of Strata Titles in Australia. A Jurisdictional Stocktake*, in *Australian Property Law Journal*, 2006, in particolare p. 2: "Strata subdivision can occur horizontally and/or vertically with both land and buildings capable of forming a strata title. A strata title represents a title to a unit that has been created on a plan of strata subdivision. Strata subdivision means a 'subdivision of land and/or buildings into units, which can be owned separately, and common property, which is owned communally'. Therefore, a strata title scheme implicitly involves a combination of both individual and collective ownership of property. The units in a scheme are capable of being owned independently of each other, while the residue of the estate is owned in common by all unit proprietors"; v. anche C. Sherry, *Strata Title Property Rights. Private governance of multi-owned properties*, Abingdon, New York, 2017.

239 C. Sherry, *Strata Title Property Rights. Private governance of multi-owned properties*, Abingdon, New York, 2017, pp. 33 ss.

240 V. C. Sherry, *Strata Title Property Rights. Private governance of multi-owned properties*, Abingdon, New York, 2017, p. 35: "Easements are used to grant separate stratum owners access to shared property, which will of necessity be partly or wholly contained in another stratum owner's lot/parcel (for example, lifts, foyer, car parks). However, maintenance costs for the entire building, in particular for the kind of complex plant and equipment that is found in a modern high-rise, need to be imposed on successive owners and […] the ban on positive covenants on freehold land means that orthodox property law is not adequate for such a task. The solution was found in registered Building Management Statements ('BMSs') and Strata Management Statements ('SMSs') in New South Wales and Queensland, although Victoria only requires a brief statement or 'purpose'. SMSs *must* contain provisions on insurance, damage and disputes, and they may also contain provisions on garbage, safety and security measures, the appointment of a managing agent, noise levels, trading activities, service contracts, and an architectural code to preserve the appearance of the building […]. In addition to maintenance provisions, BMSs must establish a 'building management committee', made up of all stratum lot owners and any owners corporation".

mente dichiarato e regolato a livello federale dal Congresso[241], laddove gli strati d'aria più bassi restano invece considerati elementi del pieno godimento spettante al titolare del suolo, come spazio di suo controllo esclusivo, quantomeno fino all'altezza che può occupare o utilizzare in relazione al suolo, per esempio per costruirvi, e per il suo completo godimento[242]. Il proprietario può anche liberamente alienarlo del tutto o in parte, variamente suddividendolo in senso verticale o in senso orizzontale, finanche con la creazione di *air lots* virtuali a una certa quota dal suolo[243], o costituirvi sopra dei *leasehold estates* o altri più limitati diritti di utilizzo in favore di terzi[244]. Il diritto del proprietario su sostanze minerali, detto *mineral estate*, può a sua volta essere ceduto dal proprietario del suolo e variamente circolare[245]. Salvo diverso accordo, il diritto sul suolo si estende alle *fixtures*, indentificabili secondo complesse regole di *case law* riducibili essenzialmente all'intento di chi ha realizzato l'annessione, al grado di effettiva annessione all'immobile e di effettiva idoneità all'uso di quest'ultimo e alla relazione tra le parti che rivendicano il *chattel* annesso[246]. Il *condominium* è anch'esso diffuso negli Stati Uniti d'America dalla metà del

[241] La natura di "no man's land" dello strato più elevato ben risultando anche in sede di *case law*: cfr. K. Gray, *Property in Thin Air*, in *The Cambridge Law Journal*, v. 50, 1991, p. 256, nonché, ivi riportato, *Thrasher v. City of Atlanta, 173 S.E. 817, 826 (1934)*.

[242] J.W. Bruce, J.W. Ely, Jr., *Cases and Materials on Modern Property Law*, III ed., in *American Casebook Series*, St. Paul, 1994, pp. 783-784; v. anche *Friendship Cemetery v. Baltimore, 197 Md. 610, 621-622, 81 A.2d 57, 62 (1951)*, ivi citata a p. 784, e *United States v. Causby, 328 U.S. 256, 260-261, 264 (1945)*, ivi citata a pp. 783-784, p. 785: "the owner of land in fee holds all the complex elements of a single right, a bundle of sticks, if you will, which include not only the right to use the surface, but so much of the superjacent airspace as he can use, as well as the subjacent reaches below".

[243] Potendo variamente cedere o trattenere i diversi volumi cubici o di altra forma in cui è stato suddiviso lo spazio sopra o sotto il suolo, nonché lo spazio sovrastante o sottostante tali volumi: J.D. Reitzel, R.B. Bennett, Jr., M.J. Garrison, *American Law of Real Estate*, Mason (Ohio), 2002, pp. 36-37.

[244] R. Bernhardt, A.M. Burkhart, *Real Property in a Nutshell*, VI ed., St. Paul, 2010, p. 431.

[245] J.D. Reitzel, R.B. Bennett, Jr., M.J. Garrison, *American Law of Real Estate*, Mason (Ohio), 2002, p. 38.

[246] J.D. Reitzel, R.B. Bennett, Jr., M.J. Garrison, *American Law of Real Estate*, Mason (Ohio), 2002, pp. 41 ss.

XX secolo, con parti comuni di proprietà di tutti i condomini (mura esterne, ingresso condiviso, lavanderia, strutture sportive e ricreative, ecc.) e unità individuali in capo a ciascuno di essi (lo spazio vivibile all'interno delle mura: appartamenti, garage, nonché giardinetti privati, ecc.), che nell'insieme danno luogo a un *interest in real estate* originale e ibrido, che investe al tempo stesso inseparabilmente un soggetto giuridico della proprietà e del possesso esclusivi – solitamente a titolo di *fee simple* – di un'unità immobiliare e di un interesse indiviso frazionato sugli elementi comuni a pari titolo di tutti gli altri condomini[247]. L'effettiva natura spaziale e tridimensionale dell'oggetto del diritto è ben presente alla dottrina statunitense[248]. In tali ordinamenti giuridici un tempestivo sviluppo della tecnica del condominio può ricondursi a diversi fattori: crescita demografica, urbanizzazione, aumento dei costi dei *real estates*, aspirazione sociale al conseguimento della proprietà, in alcuni casi vantaggi fiscali, ponendosi in alternativa, oltre che a tecniche più tradizionali, a quella pure abbastanza diffusa della cooperativa (in cui ogni soggetto, *joint tenant* o *tenant in common*, ha una mera prerogativa di occupare esclusivamente un appartamento, in quanto *tenant* della cooperativa, di cui ha delle *shares* o un *membership interest*)[249]. L'associazione dei proprietari delle unità, che ne fanno automaticamente parte, è delegata con intensi poteri operativi alla gestione delle aree comuni, ma non ne è

[247] S.F. Kurtz, H. Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, IV ed., in *American Casebook Series*, St. Paul, 2003, p. 1026, p. 1028.

[248] J.W. Bruce, J.W. Ely, Jr., *Cases and Materials on Modern Property Law*, III ed., in *American Casebook Series*, St. Paul, 1994, p. 784; cfr. R.E. Boyer, H. Hovenkamp, S.F. Kurtz, *The Law of Property. An introductory Survey*, IV ed., St. Paul, 1991, pp. 487-488: "As a system, the term condominium means a form of ownership under which the separate units of a multi-unit improvement of real property are subject to ownership by different owners, and there is appurtenant to each unit an undivided share in the common elements. […] Since the common law recognizes fee ownership and lesser property interests in usable airspace, it is feasible to create a condominium form of ownershipat common law. […] Unless the statute directly or indirectly provides otherwise, a condominium regime can be constructed on a long term leasehold estate"; gli Autori (p. 488) evidenziano altresì come la terminologia del legislatore vari tra Stato e Stato americano, utilizzando per esempio espressioni come "apartment ownership", "condominium ownership", "horizontal property".

[249] R.E. Boyer, H. Hovenkamp, S.F. Kurtz, *The Law of Property. An introductory Survey*, IV ed., St. Paul, 1991, pp. 484 ss.

proprietaria (come invece avviene in un ulteriore schema negoziale, detto *planned community*, più prossimo all'assetto della proprietà di volumi francese[250]). Tutti gli Stati negli USA hanno leggi che regolano i condomini, molte delle quali oggi s'ispirano più o meno da vicino allo *Uniform Condominium Act*, pubblicato nel 1980 (ma rivisto nel 1994) dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*[251].

A completare il quadro, può essere opportuno dedicare qualche parola al rapporto tra suolo e costruzione in alcuni cosiddetti sistemi giuridici misti, che per le loro vicissitudini storiche intrecciano e ibridano elementi tanto di *civil law* quanto di *common law*. Tale è per esempio il caso della provincia canadese del Québec, il cui Codice civile all'articolo 951 riprende abbastanza fedelmente la formulazione dell'articolo 552 dell'omologo francese, con in più la specifica menzione del dovere del proprietario di rispettare, tra l'altro, i diritti pubblici su miniere, idrocarburi, falde acquifere e fiumi sotterranei. A norma dell'articolo 955, le costruzioni, opere e piantagioni su un immobile sono presunte essere state fatte dal proprietario a sue spese e appartenergli, ma a differenza della Francia l'articolo 1011 definisce la proprietà superficiaria – qualificata come una particolare "modalità" della proprietà al pari della comproprietà – come la proprietà delle costruzioni, opere o piantagioni situati sopra[252] l'immobile appartenente a un'altra persona, detta *tréfoncier*. Il legislatore del Québec sembra sancire positivamente la teoria

[250] V. J.D. Reitzel, R.B. Bennett, Jr., M.J. Garrison, *American Law of Real Estate*, Mason (Ohio), 2002, p. 451: "In a *planned community*, the owner normally owns not only the living space enclosed by the unit, but also owns the exterior and structural components and the underlying land, while the *community association* itself owns the common areas. The owner's unit usually is encumbered by a series of covenants, conditions, and restrictions (CC&Rs) allocating rights and property interests among adjacent owners. The CC&Rs may include a party-wall agreement, require all owners to be members of the community association, and impose an assessment for the repair and maintenance of the common areas, such as access road, parking lots, and recreational amenities".

[251] J.D. Reitzel, R.B. Bennett, Jr., M.J. Garrison, *American Law of Real Estate*, Mason (Ohio), 2002, p. 451.

[252] Ma la dottrina e la giurisprudenza estendono l'applicabilità di tale configurazione anche al disotto: Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montreal, 2017, p. 324.

monista della superficie francese, sicché anche la sua evoluzione postmoderna sotto forma di proprietà di volumi è presente al dibattito giuridico di tale provincia[253]. La "comproprietà divisa" di un immobile è poi regolata agli articoli 1038 e seguenti, prevedendosi, tra l'altro, la costituzione di una persona giuridica (un "sindacato") avente per oggetto la conservazione dell'immobile, la manutenzione e l'amministrazione delle parti comuni, la salvaguardia dei diritti che riguardano l'immobile o la comproprietà e tutte le operazioni di comune interesse. Tale comproprietà divisa può anche portare su un immobile costruito da un enfiteuta o su un immobile oggetto di proprietà superficiaria se la durata di questi diritti è ancora di oltre 50 anni. Il Codice distingue tra parti privative delle costruzioni e dei terreni, di un comproprietario determinato e di cui egli ha il godimento esclusivo, e parti comuni, di tutti i comproprietari, che servono al loro uso comune, anche se certe di esse possono pure servire all'utilizzo solo di alcuni o di un solo comproprietario.

In Scozia, che pure ha un sistema giuridico ibrido, trova applicazione in linea di principio la regola per cui il proprietario del suolo esercita il proprio diritto *a coelo usque ad centrum*, senza potere in ogni caso interferire con la navigazione aerea e spaziale; la proprietà di spazi sopra e sotto il suolo, strati orizzontali in cui possono trovarsi per esempio appartamenti o formazioni minerali, può in ogni caso essere separata e costituire di per sé oggetto di commercio giuridico[254]. La *law of fixtures* scozzese ha molto risentito del modello inglese, soprattutto in virtù dell'attività di uniformazione della *House of Lords*[255]. I condomini urbani, conosciuti da lungo tempo nella pratica del diritto scozzese, sono oggi regolati soprattutto dal *Tenements*

[253] Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montreal, 2017, p. 325.

[254] W.M. Gordon, *Scottish Land Law*, Edimburgo, 1989, p. 54, p. 97.

[255] W.M. Gordon, *Scottish Land Law*, Edimburgo, 1989, pp. 74-75; v. anche le considerazioni in tema di *fixtures* nel rapporto tra *landlord* e *tenant* (p. 87): "Prima facie all fixtures attached by the tenant are landlords' fixtures and must be left for the landlord, but as matter of public policy, so that tenants are not discouraged from making additions to the land, they are presumed to have made improvements for their own benefit, and are entitled to remove three classes of items: (a) ornamental and domestic fixtures; (b) trade fixtures; and (c) agricultural fixtures".

(Scotland) Act del 2004, in cui sono essenzialmente confluiti i risultati di una lunga elaborazione giurisprudenziale e dottrinale; l'approccio sembra più individualistico rispetto ad altri sistemi giuridici, non richiedendosi in alcuni casi neanche un separato soggetto giuridico di gestione, mentre la legge, ampiamente dispositiva, tende il più possibile a includere nell'una o nell'altra parte privativa quante più porzioni possibile della costruzione, ivi compresi il suolo e il tetto[256]. I principali modelli qui menzionati hanno anche influito su altri sistemi misti, per esempio quello del New South Wales su Sudafrica – incontrando ivi qualche resistenza da parte di orientamenti dottrinali schierati per una strenua difesa della massima *superficies solo cedit*[257] – e Sri Lanka, mentre quello dello *Uniform Condominium Act* sullo Stato della Luisiana, riuscendo con maggiore o minore successo a trasporre in una diversa terminologia e in un quadro concettuale più affezionato al dogma dell'indivisibilità dell'immobile soluzioni originariamente ideate in contesti di *common law*[258].

[256] C. Van Der Merwe, *A Comparative Study of the Distribution of Ownership Rights in Property in an Apartment or Condominium Scheme in Common Law, Civil Law and Mixed Law Systems*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2002, pp. 115 ss.; C. Van Der Merwe (a cura di), *European Condominium Law*, Cambridge, 2015, p. 7.

[257] Probabilmente proprio tale mentalità giuridica ha comunque frenato in Sudafrica, con l'adozione del *Sectional Titles Act*, lo sviluppo di concezioni dominicali dall'oggetto fortemente astratto come la proprietà di volumi francese: cfr. C. Van Der Merwe, *A Comparative Study of the Distribution of Ownership Rights in Property in an Apartment or Condominium Scheme in Common Law, Civil Law and Mixed Law Systems*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2002, p. 129: "A section is defined as "a section shown as such on a sectional plan." The Act requires that each section in a condominium scheme be defined with reference to its floors, walls and ceilings and distinguished by a separate number on the sectional plan. A sectional plan must, in addition, show the floor area of each section to the median line of its boundary walls. […] A section is thus basically a cubic entity formed by the walls, ceilings and floors of a residential apartment or business premises, with the median lines of the boundary walls forming the vertical boundaries and the median lines of the floors and ceilings forming the horizontal boundaries of a section. Since parts of the surrounding masonry and other materials comprising the boundary walls, floors and ceilings up to the median line are included in a section, a section always has physical substance and is not confined to a piece of enclosed airspace. None of the problems encountered by those American states on condominiums that accepted the notion of airspace-condominiums are thus relevant to South African law".

[258] C. Van Der Merwe, *The Adaptation of the Institution of Apartment Ownership to Civilian Property Law Structures in the Mixed Jurisdictions of South*

La breve carrellata che si sta svolgendo potrebbe durare ancora a lungo, ma ciò esula dalle possibilità e dagli obiettivi della presente trattazione; anche solo circoscrivendo il campo all'Europa, per esempio, si riscontrano, talvolta pure con più possibilità nello stesso ordinamento – secondo l'operazione economica voluta dalle parti, anche tenendo conto della destinazione dei locali –, alternative che spaziano variamente dalla mera concessione all'abitante di un diritto di conduttore, o di un diritto di godimento esclusivo di un appartamento in quanto membro di una cooperativa o detentore di una sorta di quota societaria, fino a varie possibili forme di condominio o comproprietà, variamente tendenti all'individualismo ovvero al collettivismo, fino a giungere a proprietà indipendenti in 3D, finanche portanti su uno spazio vuoto non ancora costruito[259]. Basti ancora ricordare come l'urbanizzazione su larga scala spinga all'adozione di normative in tema di condominio e di proprietà di strati i più variegati ordinamenti giuridici, anche appartenenti, per esempio, alla tradizione giuridica islamica[260], nonché Paesi di socialismo di mercato[261] e altri sistemi dell'estremo oriente[262].

In definitiva, rispetto a quanto si è osservato nel modello francese, la panoramica ora presentata pone tale realtà giuri-

Africa, Sri Lanka and Louisiana, in *Stellenbosch Law Review*, 2008, pp. 298 ss.

[259] J. Paulsson, *3D Property Rights – An Analysys of Key Factors Based on International Experience*, tesi Stoccolma KTH, 2007, p. 32. Nell'ampia letteratura comparativa sul tema, si veda diffusamente, per l'Europa, C. Van Der Merwe (a cura di), *European Condominium Law*, Cambridge, 2015.

[260] V. per es. S. Thacker, S. Veer, *Strata Law in Dubai*, in *Court Uncourt*, 2015, n. I, pp. 5-7, segnalando anche sviluppi equiparabili alla proprietà di volumi francese (p. 3): "In Dubai, the strata Law contemplates the 'volumetric' subdivision of a building into designated components. This is particularly important for mixed-use developments that include a hotel as hotel operators wish to avoid being part of an owner's association structure"; R. Agrawal, *The New Abu Dhabi Strata Law*, in *Court Uncourt*, 2016, n. VI, pp. 2-4.

[261] V., *ex ceteris*, C. Van Der Merwe, *Reflections on Chinese Apartment Ownership Law (part 1)*, in *Journal of South African Law*, 2014, pp. 788 ss.; C. Van Der Merwe, *Reflections on Chinese Apartment Ownership Law (part 2)*, in *Journal of South African Law*, 2015, pp. 26 ss.; L. Chen, *The Making of Chinese Condominium Law. A Comparative Perspective with American and South African Condominium Laws*, Anversa, Oxford, Portland, 2010.

[262] V. per es. T. Keang Sood, *Strata Title and Commonhold. A Look at Selected Aspects of the Singapore and English Legislation*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2008, pp. 420-434.

dica entro un ampio novero di evoluzioni più o meno convergenti, trasversalmente alla bipartizione *civil law/common law* e in parte anche a modelli giuridici non occidentali, moltissimi ordinamenti del mondo dovendo sviluppare in tempi ragionevoli risposte a fenomeni di urbanizzazione massiccia e di scarsità dei suoli cittadini e metropolitani. Queste risposte tengono variamente conto delle esigenze sociali differenziate e delle peculiarità della mentalità giuridica di ogni sistema, ma finiscono per convergere su alcuni schemi di massima, variamente combinandoli o differenziandosi in qualche dettaglio. Nella *common law*, l'articolazione in soluzioni che privilegiano l'impiego di *freehold* (di sempre maggior successo al di fuori dell'ordinamento inglese) ovvero di *leasehold esates* risente nella terminologia, nei concetti e in alcune conseguenze sociali di un approccio più conservatore o più pragmatico, ma spesso le soluzioni operative non sono così distanti nella pratica. In generale, alcune discipline e prassi, come quelle australiane, tendono, già dalla terminologia, a evidenziare il carattere effettivamente spaziale, volumetrico e tridimensionale dell'oggetto della proprietà immobiliare, mentre altre legislazioni, come quella francese, sono più attaccate alla forza simbolica dell'idea del fondo di terra, malgrado l'opera di svelamento portata avanti da tempo da autori come Savatier. Forse anche grazie a questo svelamento, però, proprio in Francia la prassi – con l'ausilio delle vie traverse trovate dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria per giustificare la stessa, a partire dal ricorso al diritto di superficie – ha diffuso assetti dominicali in cui il carattere astratto e virtuale dell'oggetto del diritto di proprietà è particolarmente accentuato, laddove un Codice sia pure più moderno come quello italiano non ha lasciato agli attori economico-sociali uno spazio di manovra così ampio, almeno fino a oggi. Anche in Belgio, per superare gli ostacoli di una giurisprudenza conservatrice nell'interpretazione della legge, appare necessaria una riforma legislativa, che invece in Francia è stata auspicata più che altro al fine di tradurre in formule chiare e ben conoscibili quanto già praticato e noto agli specialisti della materia. Ancora, a monte, nella scelta tra un modello condominiale ovvero "volumetrico" può incidere l'orientamento politico-sociale d'insieme dell'ordi-

namento, nel volere per esempio incentivare, in generale o in relazione all'espletamento di determinate funzioni, propensioni individualistiche ovvero collettivistiche o nel voler comunque garantire, in misura più o meno predominante, il primato di un pubblico interesse nell'allocazione e nella gestione dei suoli. Pertanto, nella pur limitata varietà delle soluzioni adottate bilanciando questi e altri interessi presenti nelle diverse società umane, la tridimensionalizzazione e la virtualizzazione dell'oggetto della proprietà immobiliare, che si erano qui analizzate più approfonditamente per alcuni ordinamenti giuridici, sono dei dati giuridici a pieno titolo transistemici, che ogni modello, se non l'ha già fatto, è chiamato a sussumere nella propria visione d'insieme del diritto. Così, ai nostri giorni,

> the ultimate fact about property is that it does not really exist: it is mere illusion. It is a vacant concept – oddly enough rather like thin air. […] [J] ust as the desired object comes finally within reach, just as the notion of property seems reassuringly threedimensional, the phantom figure dances away through our fingers and dissolves into a formless void[263].

Sottosezione II. *Proprietà immobiliare dematerializzata tra* common law *e* civil law*: prospettive d'interlocuzione tra sistemi giuridici*

Analizzando la proprietà volumetrica si sono mostrati i diversi atteggiamenti dei tribunali e della dottrina nei modelli giuridici studiati in tema di dematerializzazione della proprietà immobiliare. Il distacco dalla dimensione materiale è peraltro a sua volta proprio una caratteristica della *property* d'oltremanica. Questa constatazione rende opportuno allargare pure al tema della proprietà di volumi la comparazione con il sistema giuridico di *common law*, al fine di cogliere meglio il significato di alcune importanti trasformazioni in atto nel mondo di *civil law*. Si cercherà dunque di valutare criticamente la rilevanza degli elementi di convergenza e la loro attitudine a fungere da

[263] K. Gray, *Property in Thin Air*, in *The Cambridge Law Journal*, v. 50, 1991, p. 252.

ponti di comunicazione tra i due grandi sistemi della tradizione giuridica occidentale.

A. *La caduta di un altro dogma della concezione continentale moderna della proprietà immobiliare*

Si è osservato come la nuova concezione giuridica dell'immobile, su cui si regge la costruzione teorica della proprietà di volumi, presenti elementi d'innovazione dirompenti rispetto alla nozione dominicale del *Code civil*, al cui sistema solo con difficoltà i giuristi francesi, nell'attesa di una sua riforma, sono riusciti a ricondurre i volumi spaziali. Il dogma della materialità dell'oggetto della proprietà immobiliare è risultato così radicalmente compromesso. Beninteso, non che ciò rappresenti semplicemente un ritorno alla concezione medievale di proprietà, pur condividendone alcuni tratti di rilievo: la dematerializzazione dell'immobile in quel mondo giuridico era conseguenza della frammentazione del dominio sulla *res* in una serie di diritti di proprietà esercitati ciascuno su una sua diversa utilità, ma il fatto che venisse meno l'associazione tra la cosa concreta e un diritto pieno ed esclusivo su di essa non comportava che la cosa in sé, pur nella molteplicità delle situazioni di appartenenza che vi gravavano, perdesse concretezza e tangibilità. Con la proprietà dei volumi, è proprio la cosa immobile a perdere questa concretezza, senza che ciò implichi di per sé una frammentazione delle utilità dominicali del bene volumetrico in diversi diritti di proprietà[264]: una serie di servitù e obbligazioni *propter rem*

[264] L'immaterialità del diritto, o meglio del suo oggetto, è allora da intendersi in un senso diverso e decisamente più sfumato, tant'è che le prime riflessioni in materia di proprietà di volumi ne avevano messo in discussione la stessa natura immateriale in senso stretto: v. H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, p. 154; l'Autore ha però più recentemente sviluppato il proprio pensiero sul punto, in *L'immeuble et le Code civil*, in *1804-2004, le Code civil: un passé, un présent, un avenir*, Parigi, 2004, p. 404: "La logique voudrait donc que l'article 518 soit ainsi réécrit: les fonds de terre, les bâtiments, les lots de copropriété et les volumes sont immeubles par leur nature, manière, pour le code, de se réapproprier une nouveauté certaine puisque ces nouveaux immeubles par nature ne sont pas des immeubles corporels comme les autres et que se trouve donc méconnue l'une des caractéristiques fondamentales des immeubles par nature, considérés par le code comme des *corpora*".

tiene insieme i vari proprietari in una rete di rapporti di natura reale che non ne pregiudicano la qualità di pieni proprietari del proprio spazio tridimensionale virtuale, con l'effetto in questo caso, diversamente da altre manifestazioni contemporanee del diritto di superficie e dallo stesso modello della comproprietà degli edifici, di esaltare piuttosto che affievolire l'individualismo proprietario[265], quantomeno in molti degli utilizzi concreti che della teoria della proprietà volumetrica si sono fatti. In effetti, un ritorno ad assetti caratteristici delle proprietà concorrenti e simultanee dell'*Ancien droit* – con un'insopprimibile reminiscenza del loro aspetto coattivo e solidaristico – si riscontra piuttosto nell'altro, più diffuso, sistema dell'organizzazione degli edifici in comproprietà[266], malgrado gli sforzi di alcuni giuristi di salvaguardarne almeno l'apparenza di un incastro di diritti individuali di proprietà su beni distinti.

Un discorso simile può farsi recuperando il filo della comparazione con la proprietà di *common law*, che, come si era osservato, si caratterizza, tra l'altro, per l'esercizio di prerogative proprietarie su situazioni giuridiche di varia natura e con un rilievo patrimoniale, non necessariamente riconducibili a una realtà esterna tangibile. Pertanto, dalla nuova nozione dell'immobile si possano costruire le basi di un ennesimo ponte di dialogo tra le due grandi famiglie della tradizione giuridica occidentale, con l'affievolirsi delle visioni più dogmatiche che, da una parte come dall'altra, volevano le stesse incomunicabili; d'altro canto, sarebbe sbagliato trarre la conclusione di una tendenza a far scomparire la linea di confine tra i due mondi giuridici in una propensione all'integrazione anche del diritto della proprietà e dei beni. L'attitudine francese a una dematerializzazione nel diritto degli immobili costituisce un'inversione di tendenza significativa ed emblematica, ma non traspone *tout*

[265] V. R. David, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, p. 704: «En investissant la troisième dimension, le concept de propriété individuelle voit son champ d'application se décupler à un moment où son avenir semblait pourtant compromis […]. Ironie du sort, la propriété doit ce nouveau départ au droit de superficie dans sa forme moderne, qui en fut le «challenger» le plus retors».

[266] A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, pp. 255 ss.; v. anche S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, Parigi, 2012, pp. 665 ss.

court nel continente la più generale dematerializzazione della nozione di *property* di *common law*, che a sua volta, idealmente più prossima alla concezione che si è descritta poco sopra con riferimento al sistema medievale dei beni, nello specifico non si traduce sempre e automaticamente in un dissolvimento delle cose immobili concrete, oggetto dei diritti, in beni postmoderni individuabili soltanto attraverso processi astratti di delimitazione geometrica di spazi e attribuzione a essi di una valenza economica e giuridica, com'è il caso della proprietà dei volumi. Eppure, questa attitudine generale del sistema di *common law* alla dematerializzazione e all'astrazione dell'oggetto della proprietà anche immobiliare ha pure ovviamente agevolato, come si è visto nelle pagine precedenti, che in molte esperienze di *common law* una nozione quale quella della proprietà di volumi abbia incontrato scarsi ostacoli teorici, in quanto

> titles to 'land' can be stratified and vested in various owners simultaneously, each holding a different portion or stratum of cubic space either below or above the surface layer of the ground[267].

B. *Differenze e convergenze tra modelli dominicali di* civil law *e di* common law

Per completare le osservazioni sul tema dei rapporti tra *civil law* e *common law*, appare opportuno allontanare ancora una volta la lente dall'oggetto dell'osservazione, per poterne osservare alcuni caratteri più d'insieme, riprendendo e cercando di dare una conclusione anche ai segmenti precedenti della trattazione focalizzati sul dialogo tra le due famiglie giuridiche. Prima di tutto: può dirsi superata, o in via di superamento, anche in ambito privatistico la distinzione tra questi sistemi giuridici, nel nome della comunanza delle istanze che la società globalizzata pone a società altamente sviluppate, sia pure con storie giuridiche diverse alle spalle? Com'é evidente, in termini generalissimi la questione si pone come una parte della più ampia

[267] K. Gray, S.F. Gray, *Elements of Land Law*, V ed., Oxford, 2009, p. 14.

questione dei rapporti tra identità nazionali e mercato globale, che tutti riconoscono come una delle grandi e irrisolte problematiche del nostro tempo turbolento, in presenza di tendenze storiche incerte e di sentimenti popolari contraddittori, che lasciano del tutto aperta una molteplicità di evoluzioni future possibili. A tornare a circoscrivere il campo d'indagine al diritto della proprietà tra le due famiglie di *civil law* e di *common law*, sembra di essere ancora assai lontani dal poter affermare il trionfo della tendenza all'uniformazione del diritto. Proprio nell'attualità recente, la vicenda della Brexit ha riflettuto, tra le tante istanze confluite nel risultato del referendum di consultazione dei popoli del Regno Unito in tema di permanenza nell'Unione Europea, anche il timore di perdere le proprie peculiarità giuridiche, quale elemento fondamentale di quella diversità culturale che nel corso dei secoli ha contraddistinto il modo di pensare e di essere di un popolo insulare come gli inglesi (ma assai meno, per la verità, gli scozzesi), con la scelta di riaffermazione della propria alterità rispetto al mondo continentale. Proprio la difficoltà di concepire norme applicabili in ordinamenti giuridici tanto di *civil law* quanto di *common law* (difficoltà che non viene meno con la Brexit, se non altro per via della permanenza della Repubblica d'Irlanda) si è mostrata come un elemento caratterizzante del diritto dell'UE, improntandone lo stile, piuttosto pragmatico e concreto che sistematico, nella tendenza ad aggirare – piuttosto che ad abrogare o modificare – le regole e i meccanismi privatistici dei diritti nazionali, limitandosi a correggerne gli effetti indesiderabili immediatamente a ridosso dell'interesse sociale che si è voluto tutelare[268]. Anche l'opera della dottrina – pur consistente e autorevole – volta all'individuazione di principi giuridici europei comuni di diritto civile[269], si è sempre scontrata con una decisa opposizione a una

[268] S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, pp. 14-17, pp. 33-37.

[269] Seguendo più o meno da vicino l'ispirazione dei principi UNIDROIT, cfr. in particolare i *Principles of European Contract Law* della Commissione Lando, il Codice europeo dei contratti del gruppo di Gandolfi, i *Principles of European Law* del gruppo di von Bar, nonché il *Draft Common Frame of Reference*, che riunisce nella propria elaborazione il Gruppo di studio su un codice civile europeo di von Bar e il gruppo *Acquis*; per una ricerca approfondita di tali principi comuni, v. anche, *ex*

traduzione in atti, malgrado il sostegno politico del Parlamento Europeo all'idea di una codificazione comune. Peraltro, questa stessa elaborazione si è in massima parte incentrata sull'ambito delle obbligazioni e dei contratti, rifuggendo tendenzialmente dall'individuazione propositiva di principi comuni in settori delicati come la proprietà, se non per gli aspetti più strettamente legati alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti, come testimonia per esempio il *Draft Common Frame of Reference* del gruppo *Acquis* e di quello di von Bar, specialmente con le parti in tema di *acquisition and loss of ownership of goods*, *proprietary security rights in movable assets* e *trusts*[270].

In definitiva, e malgrado autorevoli orientamenti favorevoli a una relativizzazione anche molto spinta della bipartizione pure in ambito proprietario[271], non sembra potersi mettersi in discussione il permanere nella tradizione giuridica occidentale di due distinti sistemi, caratterizzati da elementi anche di profonda differenza delle rispettive concezioni del diritto e influenzati dalla diversità dei processi storici, improntati da un lato della Manica essenzialmente alla continuità e dall'altro lato alla cesura con l'avvento della modernità. Il diritto della proprietà rappresenta poi tuttora uno dei crinali che maggiormente testimoniano tale cesura, rivelando non soltanto differenze importanti nei regimi giuridici dei diversi istituti – non di rado stemperate dalla comunanza di funzioni che le esigenze pratiche della nostra epoca richiedono che siano in definitiva, in un modo o nell'altro, efficacemente realizzate – ma anche, e soprattutto, una certa distanza di mentalità giuridica, nelle nozioni, nel modo di elaborarle, nel loro coordinamento e nella loro sistematica, per cui anche solo

ceteris, H. Kötz, A. Flessner, *European Contract Law*, vol. I: *Formation, Validity, Agency, Third Parties and Assignment*, Oxford, 1998, nonché i lavori del gruppo *The Common Core of European Private Law*.

270 V. G. Alpa *et alii* (a cura di), *Il* Draft Common Frame of Reference *del diritto privato europeo*, Padova, 2009.

271 V. M. Graziadei, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 71 ss, che sottolinea la distinzione tra schemi concettuali e terminologie ancora distanti tra i giuristi delle due famiglie e un crescente avvicinamento nelle regole operative del diritto vivente, anche in materia di proprietà.

lo studio dell'ordinamento della proprietà dell'altro lato della Manica può risultare ostico al giurista continentale abituato all'utilizzo delle proprie categorie. Pertanto, lo studio comparativo del rapporto tra proprietà di *common law* e proprietà di *civil law* non può essere impostato in termini di negazione o di stemperamento delle differenze profonde, che esistono e permangono, bensì in termini di dialogo[272], inteso come ricerca e valorizzazione dei ponti esistenti e della tendenza contemporanea – non pacifica e comunque contrastata dall'esistenza anche di opposte tendenze – a moltiplicare tali ponti, laddove l'esistenza di alcune istanze sociali simili può spingere alla circolazione delle soluzioni virtuose, adeguatamente adattate ove necessario. Eppure, al tempo stesso, vanno tenute presenti anche quelle altre istanze sociali diverse e quelle differenze di mentalità giuridica che, nei casi in cui particolarmente intense, possono rendere sconsigliabili alcune altre esperienze di circolazione, di ripresa e d'imitazione, pena il malfunzionamento e il rigetto dell'innesto visto come un corpo estraneo nell'ordinamento di destinazione.

Proprio in tale ottica di dialogo e di prudente ricerca dei ponti tra i due filoni della cultura giuridica occidentale, il diritto di superficie – l'approfondimento della cui portata e delle cui implicazioni è forse rimasto eccessivamente di nicchia negli studi comparativi – ben si presta a un'analisi giuscomparatistica, in quanto manifesta una specifica posizione di effettivo punto di contatto, snodo di possibile passaggio di figure giuridiche che si voglia far circolare con successo tra un ordinamento e l'altro. A conferma di tali affermazioni, si approfondirà più avanti nella trattazione l'esempio del *community land trust*, la cui importazione in Francia proprio sotto la veste delle locazioni superficiarie non va interpretata come un evento stocastico, bensì come una scelta quasi obbligata del legislatore francese, che nella radicata tradizione delle locazioni superficiarie ha potuto trovare già

[272] Un dialogo contrastato tra le due famiglie che, in fondo, nella loro storia è sempre esistito, sia pure sottostimato in molte ricostruzioni, talvolta anche nell'intento di esaltare a fini politici il particolarismo del proprio ordinamento; per un approfondimento di tali temi, cfr. diffusamente L. Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005, pp. 145-147.

tutte le fondamenta su cui costruire saldamente l'edificio della nuova figura, una volta riscontrata in tema di problematiche abitative la presenza di alcune simili istanze sociali.

Gli elementi che conducono a tali asserzioni si sono via via incontrati nel corso della trattazione, ma è giunto il momento di raccogliere e coordinare gli stessi. Già in sede d'introduzione, si è rivolto lo sguardo all'evoluzione storica del diritto di superficie: lì si è osservato, e in seguito nel corso della trattazione si è confermato, il ruolo che la dissociazione giuridica dell'immobile ha rivestito in Francia dall'indomani della codificazione fino ai nostri giorni, di valvola di sfogo di un sistema dei diritti reali altrimenti improntato alla chiusura e alla rigidità, a fronte della varietà e del mutare delle esigenze sociali, che nel sistema devono in qualche modo trovare realizzazione, pena, nel lungo periodo, la sua perdita di consenso diffuso e di effettività, fino a un rischio di sgretolamento della sua struttura stessa. Beninteso, qui si vuole intendere la dissociazione giuridica dell'immobile nella sua accezione più ampia, ricomprendendovi fenomeni che gli studiosi del diritto solo talvolta hanno ricondotto tecnicamente alla sfera della superficie, ricorrendo altrimenti a nozioni diverse, quali, per esempio, il condominio e il diritto reale di godimento speciale; oppure, nell'ordinamento italiano, basta richiamare ancora una volta l'ambiguità dei confini tra la ben definita figura del diritto di superficie e la più permissiva formulazione dell'articolo 934 del Codice stesso, facendo riferimento alla possibilità del titolo (anche non formalmente costituivo di un diritto di superficie) di derogare al principio dell'accessione immobiliare. Da tali distinzioni tecnico-dogmatiche si può ora essenzialmente prescindere, riferendosi complessivamente a un insieme di fenomeni variegati, dalle deroghe al principio dell'accessione più pacificamente riconducibili alla figura superficiaria, ad altre forme di dissociazione giuridica degli immobili che la dottrina francese più lungimirante riconduce ormai al piano dell'oggetto stesso della proprietà immobiliare, assumendo una concezione dematerializzata dello stesso, finanche alle forme di dissociazione atipica degli spazi e/o delle utilità di una cosa immobile e di scansione temporale della loro attribuzione a soggetti differenziati, talvolta sulla base di caratteristiche speci-

ficamente identificate dal legislatore. Dietro i fenomeni eterogenei analizzati in questa parte della trattazione s'intravvede un riaffiorare dello *status/estate*, che, rimasto un pilastro del sistema d'oltremanica della *property*, sul continente era apparso la grande vittima della Rivoluzione del 1789 e del Codice Napoleonico[273]; *idem* può osservarsi con riferimento alla concezione dematerializzata dell'oggetto della proprietà, che si era creduto di potersi lasciare definitivamente alle spalle con l'avvento della modernità, appigliandosi alla solidità del *dominium* romano. Nelle principali manifestazioni che si sono fin qui approfondite della dissociazione giuridica dell'immobile in Francia, uno o più di questi elementi è riscontrabile: riaffiorare dello *status*, della dimensione solidale collettivistica o della dematerializzazione dell'oggetto della proprietà.

Si è osservata la ritirata della nozione borghese di una proprietà unitaria, assoluta, esclusiva e perpetua, da un lato a fronte della crescita della legislazione sociale, volta a contemperare la proprietà individuale con l'interesse generale e con i valori di solidarietà ed eguaglianza, dall'altro lato, e in parallelo, nel campo stesso dell'incontro d'interessi privatistici, per esempio con il riemergere della nozione di una proprietà temporanea, sviluppatasi a sua volta a coronamento della considerevole moltiplicazione delle possibilità di dissociazione giuridica dell'immobile riconosciute dall'ordinamento sotto la spinta delle sempre più complicate esigenze di costruzione nei grandi agglomerati urbani ampiamente sviluppati nella terza dimensione. A tutto ciò si aggiunge lo sfaldamento da lungo tempo in atto dell'altro bastione della concezione dominicale mutuata al mondo romano: la sua materialità. Come interpretare l'insieme di questi dati, troppi e troppo concordi per essere ignorati o ricondotti a nicchie di eccezioni al sistema? Sarebbe gravemente semplicistico, a giudizio di chi scrive, parlare semplice-

273 V. L. Moccia, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, p. 190, che fa riferimento a "una visione non più solo individualistica del diritto di proprietà, ma che si proietta verso uno scenario solidaristico in cui, rispetto al contratto, torna ad assumere rilievo – sul piano sociale, per il tramite appunto delle tutele giuridiche – lo *status* delle persone, a garanzia di una loro condizione esistenziale".

mente di un Medioevo che riaffiora: la Storia può presentare i suoi corsi e ricorsi, ma più sotto forma di una spirale che di un cerchio, non ripassando mai nel medesimo punto di prima, ma, stretta in un incessante movimento, talvolta ritrovandovisi inaspettatamente vicina. Appare però fruttuoso raccogliere i suggerimenti di quegli autori che hanno ricercato un permanere latente delle forme germanistiche della proprietà che avevano modellato gli ordinamenti nella fase feudale e che, rimaste l'archetipo della *property* di *common law*, sul continente erano state sovrastate dalla reviviscenza del diritto romano, ma non ne erano state annientate, restando in sonno già dall'indomani delle codificazioni e candidandosi, nella loro flessibilità, a ispirare le soluzioni di nuovi problemi via via emergenti, che in un sistema concepito come chiuso trovavano arduamente soddisfazione. E al contempo, sull'opposto versante, di quegli studi che, comparando in una prospettiva funzionalista le soluzioni a cui pervengono i diversi sistemi giuridici a fronte delle concrete istanze della sfera-economico sociale, osservano una pari convergenza della *property* di *common law* verso schemi idonei a garantire una sufficiente certezza e solidità delle situazioni delle parti coinvolte, sfumandone in qualche misura i caratteri di relazionalità, relatività, divisibilità, ecc.[274]. Questa vicinanza che ancora oggi ritroviamo tra l'evolvere di alcune strutture continentali in tema di proprietà e le corrispondenti strutture d'oltremanica non è allora il frutto di mode passeggere del mondo globalizzato, bensì di tendenze profonde e radicate, sia pure a lungo sottostimate, in relazione alle quali la globalizzazione può fungere al massimo da catalizzatore. Da un tale discorso l'ordinamento italiano non può essere certo escluso[275],

[274] V., da ultimo, Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montreal, 2017, pp. 277-283; M. Graziadei, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 71 ss.

[275] Cfr. A. Fusaro, *Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, p. 524: "Nel crescente impiego del diritto di superficie si registra l'avvicinamento alla concezione inglese della «*property*», appoggiata alle utilità ritraibili dal bene, piuttosto che alla sua corporeità".

malgrado, per le ragioni più volte osservate, il diritto di superficie non vi abbia (ancora?) realizzato la più vivace espansione nota ai giuristi d'oltralpe; ma le stesse situazioni di confine poco sopra menzionate – deroghe al principio dell'accessione accolte in sordina nelle ricostruzioni di dottrina e giurisprudenza, senza evocare l'attribuzione al costruttore di un diritto di superficie tecnicamente inteso – dimostrano come la "partita" non possa dirsi chiusa con la codificazione del 1942 e ulteriori evoluzioni in senso espansivo della figura superficiaria restino prospettabili, di fronte alle più sofisticate esigenze economico-sociali di dissociazione giuridica dell'immobile nelle metropoli di oggi: se non rimaneggiando il dettato codicistico, almeno interpretandolo più lascamente, magari alla luce, come si vedrà, delle istanze costituzionali, mentre il legislatore vi sovrappone figure di diritto speciale volte a rispondere alle specifiche esigenze dei più variegati settori, come già è avvenuto per esempio in tema di parcheggi e di edilizia pubblica. Certamente, i presupposti di ordine teorico più generale non mancano nel nostro ordinamento, in cui tanto sviluppo hanno già avuto autorevoli riflessioni sulla conformazione della proprietà e sulla conseguente nuova erosione e frammentazione del contenuto della situazione dominicale.

C. *Modelli di proprietà e modelli di società*

Parlare di proprietà significa approcciarsi a un concetto dalla profonda valenza politica[276]: il conflitto sociale per l'imposizione di una struttura proprietaria piuttosto che di un'altra – o, altrimenti detto, per la difesa o per l'affossamento del modo di produzione esistente – è, sostanzialmente, il conflitto per l'imposizione di una struttura sociale piuttosto che di un'altra: egua-

[276] Sulla mutevole, e persino evanescente, nozione di proprietà in diversi contesi storici e culturali, v. L. Moccia, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, pp. 191-195; v. anche, *ex ceteris*, P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006; S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, 2013; M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017.

litaria ovvero libertaria, solidale ovvero competitiva, individualistica ovvero comunitaria, ecc., con tutte le possibili sfumature intermedie, naturalmente[277]. Col mutare dei rapporti sociali di produzione, anche gli assetti proprietari variano radicalmente e variano le relative concezioni, in cui le società si rispecchiano[278]. La scelta del modello giuridico di regolamentazione delle situazioni di appartenenza è allora ben lungi dal potersi caratterizzare come una scelta neutra: frutto delle peculiarità storiche della comunità umana in cui tale diritto è vigente, ne rifletterà prima di tutto l'assetto produttivo. Società il cui modello produttivo sia per lungo tempo stabile avranno probabilmente un diritto delle situazioni di appartenenza soggetto a lentissima evoluzione; a società il cui modello produttivo sia in vorticoso cambiamento, oggetto di lotte sociali e contese politiche di spiccata intensità e dall'esito incerto, o semplicemente trascinato dalla rapidità del progresso tecnico e scientifico, corrisponderà un diritto delle situazioni di appartenenza in continuo smottamento, un difficile amalgama di regole di segno opposto, nel quale il variare della prevalenza di alcuni o di altri elementi testimonierà la tendenza del momento, forse di brevissima durata. In questa descrizione, il mondo di oggi sembra piuttosto ritrovarsi nella seconda situazione che nella prima. A ciascuno la valutazione soggettiva se questo sia piuttosto qualcosa di auspicabile

[277] Cfr. M. Xifaras, *La propriété: étude de philosophie du droit*, Parigi, 2004, pp. 489-490: "Cette orientation non téléologique peut être désignée par le terme de *destination politique de la propriété*, qui désigne aussi l'articulation des configurations de la propriété et de l'Etat justicier, le lieu de passage du droit des biens au droit politique *via* les déterminations techniques des institutions en charge de réaliser les idéaux de justice légale propres à chaque mode de conceptualisation de la propriété. Non téléologique, cette destination est bien politique dans la mesure où elle engage des déterminations irréductiblement contradictoires des configurations de l'Etat en charge de réaliser les idéaux de justice légale de la propriété, c'est-à-dire dans la mesure où le choix de s'inscrire dans telle ou telle conception de la propriété engage la nature même du régime politique, les déterminations techniques de la constitution de la communauté politique".

[278] Cfr. P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, p. 60: "Per lo storico l'essenziale è non lasciarsi irretire da identità formali ingannevoli, arrivando con sicurezza ai concreti assetti giuridici che costituiscono la differenziata risposta degli ordinamenti storici sul problema dei rapporti reali. Tante 'proprietà' – per così dire – quante sono le esperienze giuridiche succedutesi nel tempo".

o di deprecabile, secondo la propria attitudine (politica) più o meno tendente all'impulso dell'innovazione ovvero alla stabilità della tradizione: e, naturalmente, anche in questo giudizio sono possibili tante sfumature intermedie.

Ciò che può invece trovare posto nella presente trattazione è l'osservazione della centralità, per le sfide dell'innovazione giuridica in materia di proprietà, di ciò che può girare intorno alla nozione di diritto di superficie, o, per meglio dire, nell'improprietà semantica del termine e nell'evanescenza storica dei suoi utilizzi, intorno all'insieme dei fenomeni giuridici legati alla dissociazione dei titoli di proprietà sull'immobile, tanto nello spazio, quanto pure in uno scaglionamento programmato nel tempo o nell'attribuzione differenziata a titolo di proprietà delle sue utilità economiche, specialmente edificatorie. È vero che i beni immobili hanno complessivamente perso il loro primato rispetto ai mobili; ma è pure vero che, rispetto alla marginalizzazione nel sistema economico, nei Paesi a capitalismo avanzato, dei terreni destinati all'agricoltura e al pascolo – i beni in assoluto più importanti per l'umanità da ere remote fino all'alba della rivoluzione industriale – gli spazi tridimensionali in cui si sviluppano le metropoli postmoderne, attirando masse sempre crescenti di esseri umani, non solo non hanno affatto perduto importanza, ma anzi ne hanno guadagnata. Banalmente, conservando una dimensione fisica, difficilmente gli uomini potranno fare a meno di spazi in cui abitare ed esercitare le proprie attività. Gli assetti sociali di attribuzione e ripartizione di questi spazi sono allora assai importanti nell'economia di oggi; anzi, essi stessi fungono da base pure ad alcune delle costruzioni immateriali del mondo della finanza, che negozia anche una molteplicità di titoli (e di titoli su titoli) virtuali che galleggiano sulla realtà della sfera della costruzione e della compravendita d'immobili. Le forme di dissociazione dell'immobile, che si sono via via analizzate, mostrano una più limitata utilità in società orientate a uno spiccato individualismo proprietario, in cui, laddove conservino una funzione, questa sarà permeata di tale spirito individualistico oppure consisterà nel lenire e stemperare alcune conseguenze dell'assetto unitario predominante che possono essere percepite come inique e troppo gravose in rapporto all'in-

sopprimibile permanenza d'istanze sociali di carattere comunitario e di solidarietà, latamente intesa, nella società nel suo insieme o anche semplicemente tra le parti che hanno concluso un affare. Al contrario, società più orientate alla solidarietà comunitaria, rifuggendo o limitando radicalmente l'idea che privati possano accaparrarsi i suoli, o comunque per realizzare l'intento di un'equa ripartizione degli spazi richiesti dallo svolgimento della vita e delle attività umane, tenderanno ad attribuire alle strutture giuridiche di dissociazione dell'immobile un ruolo più deciso, finanche predominante[279]. La società occidentale di

[279] Per l'esempio della Cina, v. S. Li, *La loi de la République populaire de Chine sur les droits réels: principes fondamentaux et notions de base*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2009, pp. 73 ss.; J. Han, *L'écart entre le droit d'usage du terrain et la propriété en droit chinois*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2016, pp. 1029-1030: "La propriété publique du terrain est maintenue par la réforme économique. Par contre, toute une série de droits d'usage du terrain ont été créés sur le terrain public à partir de la fin des années 1970. Ces droits d'usage du terrain concernent le droit d'usage du terrain pour l'exploitation forfaitaire, le droit d'usage du terrain en vue de la construction des habitations pour les foyers ruraux et le droit d'usage du terrain pour la construction. Tous ces droits d'usage sont qualifiés de droit réel par la loi sur les droits réels de 2007"; S. Qiao, F.K. Upham, *China's changing property law landscape*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 311 ss.; negli ormai diffusi condomini delle città cinesi, i proprietari delle unità abitative esercitano anche collettivamente, *pro quota*, il diritto reale di uso sul suolo: C. Van Der Merwe, *Reflections on Chinese Apartment Ownership Law (part 1)*, in *Journal of South African Law*, 2014, pp. 789-790; sul Vietnam, v. N.D. Nguyen, *Nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit des biens français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2006, pp. 1203 ss., in part. p. 1214: "Au point de vue historique, il y aurait lieu peut-être de rapprocher le droit d'usage du sol en droit vietnamien actuel du droit d'un tenancier ayant le domaine utile dans l'ancien droit français […]. L'institution du droit d'usage du sol se crée, on le sait, à partir de l'idée que, d'une part, le sol est la propriété du peuple et que, d'autre part, l'attribution de sols à des particuliers pour usage est faite dans la mesure où l'intérêt du particulier est en conformité avec l'intérêt du peuple"; p. 1218: "Dans une certaine mesure on peut admettre qu'en droit actuel, le droit d'usage du sol résultant d'un bail prend nettement le caractère de droit de superficie au sens du droit français. En effet, s'agissant d'un droit d'usage qui dérive d'une mise à usage consentie à un individu (que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux), le titulaire du droit a non seulement la propriété des constructions et des plantations mais encore un véritable droit réel sur le fonds de terre mis à sa disposition. Par contre, le droit d'usage résultant d'un bail ne confère au titulaire que la propriété des biens attachés au fonds de terre objet de ce bail. En d'autres termes, le bail de sol entraîne un démembrement de la propriété: le preneur se voit accorder un véritable droit de superficie alors que le droit de tréfonds se trouve entre les mains de l'État-bailleur".

oggi appare in una fase di transizione ed è arduo prevedere verso quali sponde. Intanto, l'individualismo proprietario permane, persino rafforzato per certi aspetti negli ultimissimi decenni, ma con un predominio costantemente sfidato dalle opposte tendenze all'eguaglianza sociale che ampio spazio hanno trovato nelle costituzioni del dopoguerra, ancora ben lontane da una piena applicazione. Proprio su questa dimensione solidaristica del diritto di superficie, sul suo stretto legame con una funzione sociale, si tornerà in particolare nell'ultima parte del presente lavoro, aggiungendo a quanto già finora osservato un approfondimento su certi suoi utilizzi rispondenti a interessi generali, che, negli ordinamenti italiano e francese, hanno dato luogo a una molteplicità di figure meritevoli di un'attenzione dedicata.

Parte terza

Il diritto di superficie e l'interesse generale

Capitolo primo

Diritto di superficie e demanio pubblico

Sezione I. *Locazioni, autorizzazioni e concessioni amministrative che attribuiscono un diritto reale sul suolo demaniale*

L'argomento del presente studio, il diritto di superficie, poggia essenzialmente su basi teoriche di diritto civile, ma già più volte ci si è trovati a "sconfinare" in altre branche del diritto (storia del diritto, filosofia del diritto, ecc.) o proprio in diverse discipline (economia, sociologia, ecc.). Ciò non è dovuto a un'esaltazione fine a se stessa dell'interdisciplinarità, bensì perché l'analisi delle configurazioni della superficie evoca questioni attinenti in profondità alla struttura dei sistemi delle situazioni di appartenenza e, a monte, dei modelli di produzione e di distribuzione delle risorse nelle diverse società. Il lettore non si stupisca allora se quest'ultima parte dell'esposizione attinge copiosamente al diritto pubblico, amministrativo e costituzionale, e al diritto delle politiche sociali, in particolare in tema di edilizia pubblica. Sono i numerosi utilizzi della superficie riscontrabili nella pratica, soprattutto francese ma anche italiana, che esondano dal mero ambito delle transazioni puramente privatistiche a richiedere un approfondimento che vada oltre la mera parentesi di una trattazione di diritto civile, a costo di attribuire alla trattazione stessa una trasversale collocazione sistematica in ragione degli spunti eterogenei che vi sono ospitati. Se il diritto di superficie in azione, nei sistemi giuridici studiati, si concede volentieri a utilizzi dall'inquadramento concettuale diversificato, pare giusto a chi scrive che tale interdisciplinarità si rifletta anche nel presente saggio.

Il tradizionale regime giuridico del demanio pubblico francese, improntato alla precarietà di ogni concessione su di esso, ha cominciato negli ultimi decenni a essere considerato eccessivamente limitativo dei possibili utilizzi dei beni coinvolti, spingendo dapprima la prassi amministrativa e poi, dopo avverse sentenze giudiziarie, il legislatore, all'introduzione di figure di diritti reali che possono essere concessi sul suolo pubblico, offrendo agli investitori condizioni di maggiore stabilità, a rafforzamento della loro posizione verso l'*administration publique* e facilitando così l'ottendimento di fondi da parte di terzi finanziatori. Nel corso del tempo, si era infatti affermato un pensiero sempre più favorevole a vedere nella disciplina dei beni pubblici non più soltanto o prevalentemente un insieme di regole di polizia amministrativa, attributive di poteri autoritativi a salvaguardia della loro conservazione contro ogni intromissione, bensì anche o soprattutto un insieme di norme di buona gestione improntate a un efficiente sfruttamento delle ricchezze collettive, nei soli limiti del rispetto della loro specifica destinazione e dell'interesse generale[1]. Come pure la nostra dottrina ha evidenziato, con riferimento all'Italia, ma con osservazioni anche applicabili alla parallela evoluzione del diritto dei beni pubblici d'oltralpe,

> la categoria giuridica dei beni pubblici si interseca sempre più strettamente con gli emergenti sistemi di regolazione e tutela dell'ambiente, del paesaggio, della difesa del suolo. Alcuni comparti storici della proprietà pubblica sono progressivamente attratti dalla disciplina urbanistica del territorio e dalla disciplina dei beni culturali non più volta a garantirne

[1] V. A. Fournier, H. Jacquot, *Un nouveau statut pour les occupants du domaine public*, in *AJDA*, 1994, pp. 759 ss.; P. Juen, *La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels*, in *RDI*, 2000, p. 143: "si les tempéraments à la règle de l'inaliénabilité deviennent nécessaires et si la constitution de droits réels sur le domaine public devient un élément obligé de sa gestion, il faut affirmer combien ceci est finalement favorable à l'idée d'une sauvegarde de l'intégrité du patrimoine public qui, rappelons-le, constitue le fondement historique du principe d'inaliénabilité. C'est alors l'assouplissement du sens de ce principe, recentré encore davantage sur la protection de l'affectation, qui représente le gage de sa pérennité"; v. anche *Cons. const., 21 juill. 1994, n. 94-346 DC*; cfr. Ch. Gijsbers, *La distinction de la propriété publique et de la domanialité publique*, in *Revue de droit d'Assas*, 2013, n. 8, pp. 44 ss.

solo la conservazione ma gradualmente improntata anche ad esigenze di valorizzazione[2].

Un nuovo paradigma della cultura giuridica in tema di proprietà pubblica si è negli ultimi anni affermato anche al di là delle Alpi, prendendo le mosse dalla dissociazione concettuale della proprietà pubblica dalla demanialità pubblica, come concepita nel contesto del diritto francese:

> on entend dissocier deux niveaux longtemps confondus de la réglementation des richesses publiques : un étage que l'on peut qualifier de pur droit public, celui de la domanialité publique, qui se compose de règles exorbitantes du droit commun, dont la justification – mais aussi la limite – tient dans l'utilité publique des biens qui en relèvent ; et, sous cette «strate domaniale», un niveau plus familier au juriste de droit privé, celui de la propriété publique, qui désigne la relation qui unit la personne publique à ses biens, que ceux-ci soient affectés à l'utilité publique (domaine public) ou non (domaine privé), et dont découle – sous réserve de certaines différences liées à la personnalité publique de leur propriétaire – les droits et obligations classiques attachés à la propriété[3].

In tale prospettiva, la demanialità è oggi diffusamente considerata in Francia uno speciale regime di destinazione riservata, non più idealmente alternativo alla proprietà, ma a essa cumulato. Come ogni proprietà, quella delle persone pubbliche è allora tutelata dal giudice ordinario, laddove il regime di destinazione di un bene all'interesse generale afferisce invece al diritto pubblico, rientrando nell'ambito della giurisdizione amministrativa[4].

[2] M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, II: diritto amministrativo speciale*, t. II, II ed., Milano, 2003, p. 1709.

[3] Ch. Gijsbers, *La distinction de la propriété publique et de la domanialité publique*, in *Revue de droit d'Assas*, 2013, n. 8, p. 45; per il dibattito italiano, cfr., *ex ceteris*, S. Cassese, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1967, in part. pp. 123 ss.; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, nuova edizione, Bologna, 1995, pp. 85 ss.

[4] Y. Gaudemet, *La prise en compte des propriétés publiques*, in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009, p. 57; prosegue l'Autore (stessa pagina): "Le régime de domanialité publique apparaît alors comme une réglementation supplémentaire, s'ajoutant aux droits et obligations que la personne publique tient de sa qualité de propriétaire du bien ; on a pu dire que la domanialité publique était comme un voile – le voile de l'affectation à l'utilité publique – qui s'étend sur la

Il legislatore francese, nel disegnare nuovi schemi di contratti amministrativi, si è in gran parte ispirato a istituti civilistici di lunga data, adattati a un contesto pubblicistico o anche variamente scomposti e ricomposti per far fronte in maniera più efficace ai differenti interessi presenti; queste figure del diritto civile erano peraltro ben note alle amministrazioni francesi, che se ne servivano e se ne servono tuttora con maggiore libertà con riferimento ai beni pubblici non demaniali[5]. L'espansione e il successo di tali istituti di nuova introduzione nel diritto amministrativo hanno presto creato una tensione con la normativa, anch'essa in crescita, in gran parte di origine europea, sugli appalti pubblici, con risultati non definitivi e tuttora in divenire. Resta inoltre una certa complessità e sovrapposizione dei regimi dei diritti reali amministrativi francesi, malgrado gli auspici della dottrina – finora piuttosto caduti nel vuoto – di limitare le convenzioni costitutive di tali diritti uniformandone la regolamentazione[6].

Le figure in discorso sono in molti casi costitutive di diritti di superficie[7], dando vita a forme di separazione temporanea della proprietà del suolo da quella delle costruzioni realizzate su di esso sulla base del titolo, sia esso unilaterale o convenzionale. Occorre osservare come peraltro forme di superficie su suoli del demanio pubblico attribuiti in occupazione precaria a privati

propriété publique, sur certaines propriétés publiques".

[5] Tuttavia, nella versione privatistica di tali istituti, "ni l'un ni l'autre de ces baux [bail emphytéotique et bail à construction] ne permettent d'opérer la conciliation recherchée entre la nécessité de conférer au preneur suffisamment de garanties pour l'inciter à investir et celle de permettre à l'Etat et à ses établissements publics de conserver leur mot à dire sur l'utilisation du bien donné à bail pendant toute la durée de celui-ci pour la raison très simple que le droit réel conféré par ces deux types de baux présente un caractère absolu qui interdit à l'Etat, lorsqu'il y recourt, d'imposer au preneur des obligations qui lui permettraient de conserver un contrôle étroit sur l'utilisation du bien pendant toute la durée du bail": E. Fatôme, M. Raunet, *Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif: le BEA de valorisation*, in *AJDA*, 2010, p. 2476.

[6] Cfr. P. Delvolvé, *Le bail réel immobilier administratif*, in *RDI*, 2013, pp. 405 ss.

[7] V. Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public*, in *RDI*, 2009, p. 14: "On peut donc considérer que le droit réel reconnu par la loi à l'occupant domanial sur les équipements et installations qu'il réalise au titre de cette occupation autorisée constitue une transposition raisonnée et volontaire du droit de superficie du droit privé à l'hypothèse particulière d'une occupation du domaine public".

sulla base di un'autorizzazione amministrativa fossero state presenti nel diritto amministrativo francese ben prima dell'introduzione di questi nuovi istituti, giovandosi di un orientamento giurisprudenziale prevalentemente favorevole al riconoscimento di proprietà superficiarie su terreni demaniali, almeno quando i soggetti autorizzati non fossero stati al tempo stesso concessionari di un pubblico servizio o di pubblici lavori, e persino il legislatore avendo già riconosciuto come ipotecabile il diritto dell'occupante sulle costruzioni[8]. In ogni caso, la precisa determinazione legislativa delle condizioni, delle modalità e dei limiti di attribuzione di diritti reali sul demanio pubblico che comportano il realizzarsi di una separazione tra proprietà del suolo e proprietà delle costruzioni offre ai soggetti coinvolti in operazioni spesso di significativo importo economico una maggiore sicurezza giuridica e cognizione dei diritti e obblighi propri e della controparte.

Anche in Belgio, come ha affermato la suprema istanza giurisdizionale, è possibile istituire un diritto di superficie su un bene demaniale in favore del suo concessionario, persona di diritto privato, purché siano rispettati i principi fondamentali della demanialità, come precarietà della situazione del beneficiario e, in particolare, non pregiudizio della destinazione pubblica della cosa[9].

[8] E. Fatôme, P. Terneyre, *Actualité du domaine public: la loi du 25 juillet 1994, observations complémentaires*, in *AJDA*, 1994, pp. 780 ss.; *CE, 10 avr. 1867, S., 1867, I, 277*; *CE, 4 mars 1991, n. 79528*; *CE, 23 juin 1993, n. 111569*. In contrasto con la configurazione di una proprietà distinta, cfr. *CE (avis), 13 juin 1989, n. 345.012*. V. anche un risalente orientamento giurisprudenziale, secondo il quale "si les rues et places publiques sont imprescriptibles, les arbres et haies plantés sur leur sol n'en sont pas moins susceptibles d'une appropriation particulière et distincte de la propriété du terrain auquel ils sont attachés": *Cass. civ., 8 nov. 1880, DP, 1881, 1, 28*.

[9] V. *Cour de Cassation, 18 mai 2007, n. C.06.0086.N*, che peraltro cita *en passant* anche l'evenienza dell'attribuzione di un diritto di enfiteusi sul demanio pubblico: "Un des avantages de la superficie, et d'ailleurs aussi de l'emphytéose, est d'apporter de la souplesse dans le cadre juridique de la domanialité où une personne privée, le concessionnaire, a la possibilité d'obtenir un droit réel sur le domaine public"; v. anche D. Lagasse, *La gestion active du domaine public, rapport n. 1: Contenu de l'autorisation d'occupation privative du domaine public: quels sont les droits et obligations de l'occupant privatif du domaine public?*, in *Administration publique: revue du droit public et des sciences administratives*, 2003, n. 2, p. 93: "on constate de plus en plus souvent que, dans la pratique, poussés par le souci de valoriser au mieux

A. Bail emphytéotique administratif

La locazione enfiteutica, che si è già esaminata come contratto di diritto privato, è stata ritenuta adeguata a rispondere anche a esigenze di pubblico interesse e per questo negli ultimi decenni è stata ripresa dalla legislazione pubblicistica, con un crescente entusiasmo sia pur recentemente frenato dalla preoccupazione di aggiramenti delle norme sugli appalti pubblici e probabilmente anche, in un periodo di crisi economica, di rischi di operazioni economiche avventate. Con la legge n. 88-13 del 5 gennaio 1988, si è consentito in Francia di concludere locazioni enfiteutiche su beni del demanio pubblico, precedentemente non permesse e ritenute incompatibili con le esigenze di funzionamento di un servizio pubblico e con i principi caratterizzanti questi beni[10] – fra cui il particolare regime d'inalienabilità[11], da cui deriva la precarietà e la revocabilità della situazione dell'occupante sulla base di un titolo contrattuale di tali beni, difficilmente compatibile con l'esercizio di un diritto reale[12]. Il regime preesistente, più attento alla salvaguardia delle prerogative poste a presidio di un utilizzo esclusivo del demanio pubblico a favore della comunità e sotto la diretta responsabilità e controllo delle amministrazioni, è stato ritenuto difficilmente compatibile con una volontà di sua valorizzazione economica, in un rapido mutare della situazione

leur domaine public sans pour autant lui ôter son affectation publique – par exemple le domaine public des ports, des aéroports, des gares ferroviaires et des autoroutes – et donc dans le souci de garantir des possibilités de crédit aux occupants privatifs, les gestionnaires desdits domaines publics octroient des droits réels hypothécables, tel un droit d'emphytéose ou de superficie, qui ne sont pas exactement les droits réels civils correspondants parce qu'ils sont rachetables, généralement destinés et ne sont cessibles que moyennant l'agrément préalable du cessionnaire, et qui peuvent dès lors être qualifiés de «droits réels administratifs»".

[10] *CE, 6 mai 1985, nn. 41589, 41699.*

[11] Cfr. Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public*, in *RDI*, 2009, p. 14: "la reconnaissance de droits réels, dès lors que compatibles avec l'affectation, n'affecte en rien le principe d'inaliénabilité du domaine ; on l'a compris pour l'État ; seules des considérations d'opportunité politiques expliquent – si elles ne les justifient pas – les restrictions actuelles imposées aux collectivités locales dans le traitement qu'elles peuvent faire des occupations domaniales".

[12] Con l'eccezione del riconoscimento del carattere reale del diritto conferito dalla concessione funeraria: L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 539-542.

delle finanze pubbliche e della visione dei rapporti tra pubblico e privato. Il conferimento di un diritto reale è pertanto apparso uno strumento per attirare potenziali investitori, a loro volta in questo modo abilitati a reperire sul mercato del credito finanziatori per l'operazione, sulla base della sicurezza connessa a un più elevato livello di stabilità della propria posizione contrattuale. Tali assetti sembrano confermare le riflessioni di quella nostra dottrina, attenta all'identificazione dei delicati confini tra sfera privata e sfera pubblica nel diritto dei beni:

> i beni sono termini di riferimento oggettivo di attitudini, posizioni, situazioni e facoltà di soggetti, ai quali solo può essere riferito l'attributo di pubblico. […] [L]a «proprietà pubblica» non dipende da un carattere dei beni ma dalle posizioni dei soggetti – pubblici e privati – in ordine ai beni. Non sono questi che mutano posizione nel divenire pubblici, ma i soggetti e le loro posizioni giuridiche[13];

ciò in quanto

> regime della riserva e regime della proprietà sono separati: non ogni qualvolta vi è riserva vi è proprietà né ogni qualvolta vi è proprietà vi è riserva[14],

e tale

> riserva ha per effetto l'esclusione della libera appropriazione dei beni che vi sono sottoposti mentre effetto della concessione è solo la costituzione di un diritto di godere di alcune utilità del bene[15].

Proprio a partire da un'analoga dinamizzazione della concezione del diritto amministrativo dei beni al di là delle Alpi gli istituti civilistici dell'enfiteusi e della superficie hanno potuto trovare, opportunamente adattati a un contesto pubblicistico, notevoli spazi di espansione per realizzare finalità d'interesse collettivo di valorizzazione della proprietà pubblica, in presenza o in assenza di un vincolo demaniale, cooptando a tali finalità il concorso di costruttori e investitori privati.

[13] S. Cassese, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1967, p. 161.
[14] Ivi, p. 124.
[15] Ivi, p. 156.

Attualmente, nella permanenza di una certa frammentazione normativa, la disciplina della locazione enfiteutica amministrativa si rinviene per le collettività locali, i loro raggruppamenti e gli enti pubblici a esse riferibili agli articoli da L1311-2 a L1311-4-1 e R1311-1 del *Code général des collectivités territoriales*, per lo Stato e gli enti pubblici statali all'articolo 7 della legge n. 2009-179 del 17 febbraio 2009 e all'articolo L2341-1 del *Code général de la propriété des personnes publiques*. Le regole nella disciplina degli enti locali, le prime a essere adottate in ordine di tempo, sono state poi ampiamente riprese nei blocchi di normativa riguardanti il livello statale, di cui hanno fatto da modello. Al pari delle autorizzazioni temporanee di occupazione, le locazioni enfiteutiche erano comunemente classificate in Francia come contratti demaniali *aller-retour*, con obblighi di messa in concorrenza affievoliti in quanto – in linea di principio – rientranti piuttosto nella disciplina della proprietà delle persone pubbliche che in quella della commessa pubblica[16].

La legge autorizza, con riferimento a beni immobili appartenenti a una collettività territoriale (ente locale)[17], a un raggruppamento di collettività territoriali[18] o a un ente pubblico non territoriale riconducibile a una collettività[19], la conclusione di

[16] Cfr. A. Reichardt, *Rapport sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n. 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publiques*, *Sénat, session ordinaire de 2015-1016*, n. 477, <http://www.senat.fr/rap/l15-477/l15-4771.pdf>, pp. 15-16: "Concernant les BEA et AOT «aller-retour», il s'agit de contrats domaniaux de longue durée octroyant à l'entreprise des droits réels sur un ouvrage public comme le droit de l'occuper, de l'utiliser voire de l'hypothéquer. En contrepartie, l'entreprise est chargée de rénover l'ouvrage (phase aller). La personne publique peut ensuite «racheter» le contrat avant son terme pour utiliser l'ouvrage ainsi rénové (phase retour)".

[17] Per l'art. 72 della Costituzione francese, le collettività territoriali sono comuni, dipartimenti, regioni, collettività a statuto speciale e collettività d'oltremare, salva la possibilità d'istituirne altre per via legislativa, anche in luogo di una o più di quelle appena citate.

[18] V. *Code général des collectivités territoriales*, art. L5111-1: "Les collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les formes et conditions prévues par la législation en vigueur. Forment la catégorie des groupements de collectivités territoriales les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, mentionnés aux articles L5711-1 et L5721-8, les pôles métropolitains, les pôles d'équilibre territoriaux et ruraux, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales […]".

[19] Ovvero, persone giuridiche di diritto pubblico, distinte dalle collettività

una locazione enfiteutica quale prevista all'articolo L451-1 del Codice rurale, con un conduttore che può essere un soggetto di diritto pubblico o privato[20]. Similmente, è consentito che un bene immobile appartenente allo Stato o a enti pubblici statali possa essere oggetto di una locazione enfiteutica o di un *bail à construction* in vista della realizzazione di alloggi sociali; infine, un bene immobile dello Stato o di alcuni enti pubblici statali (camere di commercio e d'industria, camere d'artigianato e camere d'agricoltura) può anche essere oggetto di locazione enfiteutica ai fini di un suo restauro, riparazione o valorizzazione. In virtù dei preminenti interessi pubblici coinvolti, gli elementi di eccezionalità rispetto alla disciplina dell'istituto civilistico già preso in esame sono significativi, rendendo opportuna un'autonoma e distinta considerazione del *bail emphytéotique administratif*, che ne metta in luce l'ambito e le finalità d'impiego e le peculiarità. Lo stesso carattere reale del diritto conferito, comunque caratteristico della locazione enfiteutica anche amministrativa[21], per essere ritenuto tale deve essere inteso in un senso diverso e più ristretto da quello comunemente impiegato in ambito civilistico, di cui non è quindi una mera trasposizione nel diritto pubblico. La pur emblematica scelta del legislatore di richiamarsi all'istituto privatistico deve essere letta alla luce delle peculiarità del diritto amministrativo, come la generale non sottoposizione a esecuzione forzata dei beni pubblici[22] o l'inalienabilità e imprescrittibilità dei beni demaniali, dando vita a uno statuto misto. Il bene locato può far parte del demanio pubblico di persone giuridiche di diritto pubblico (con l'esclu-

territoriali ma riferibili a una o più di esse, che assicurano la gestione di un servizio pubblico o di un'attività spettante all'amministrazione, tenute a limitare le proprie attività ai compiti a esse normativamente attribuite, con regole variabili che in ogni caso comportano un certo livello di vincoli e prerogative di diritto pubblico, pur nell'autonomia di gestione.

[20] Fino alla legge 2002-1094 del 29 agosto 2002, era consentito solo in favore di persone private: il venir meno di questa limitazione ha allargato l'ambito d'impiego dell'istituto a operazioni di cooperazione tra soggetti pubblici. L'utilizzo della locazione enfiteutica amministrativa ha carattere esclusivo per i beni pubblici demaniali, mentre per i beni pubblici non demaniali resta possibile la conclusione di locazioni enfiteutiche di diritto comune.

[21] *Trib. confl., 13 oct. 2014, n. 14-03963.*

[22] M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, Parigi, 2015, p. 193.

sione dei beni rientranti nel campo d'applicazione della tutela per via di repressione penale della *contravention de voirie*, quali ferrovie, installazioni militari, demanio marittimo e fluviale, vie di comunicazione terrestri, ecc.[23]), in virtù di una destinazione che può risultare sia dal contratto di locazione, sia da una convenzione non separabile da esso, sia dalle condizioni imposte per la gestione del bene o per il suo controllo da parte dell'ente pubblico. Le controversie relative alle locazioni enfiteutiche amministrative rientrano, per decisione dello stesso legislatore, nella giurisdizione dei tribunali amministrativi.

Conformemente all'articolo L1311-4-1 del Codice generale delle collettività territoriali, fino al 31 dicembre 2020 – una scadenza che già più volte è stata oggetto di proroghe – collettività territoriali ed enti pubblici volti alla cooperazione tra comuni, in particolare attraverso l'esercizio e lo sviluppo in comune di alcune competenze, possono costruire, anche su beni del loro demanio, acquistare o rinnovare edifici destinati a essere messi a disposizione dello Stato per esigenze di giustizia, polizia o gendarmeria; lo stesso sono abilitati a fare i consigli di dipartimento per mettere costruzioni a disposizione dei servizi dipartimentali d'incendio e di soccorso. Una convenzione tra lo Stato e la collettività o ente proprietario specifica i rispettivi impegni economici, il luogo d'impianto delle costruzioni progettate e il programma tecnico di costruzione, oltre alla durata e alle modalità con cui le costruzioni sono messe a disposizione. Tali norme testimoniano un reiterato favore del legislatore per il ricorso a questa variante amministrativa della locazione enfiteutica per far fronte alle più variegate esigenze di costruzione di strutture destinate all'esercizio di pubbliche competenze e prerogative.

La locazione enfiteutica amministrativa è sottoposta a un espresso vincolo di finalità – a differenza della destinazione a una generica opera di arricchimento del fondo propria del suo equivalente civile – nel senso che esso non può essere conferito in vista di una mera attività privata dell'occupante[24], anche

[23] Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, Parigi, 2014, pp. 217 ss.; cfr. *CE, 18 oct. 1995, n. 116316*.

[24] M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, Parigi, 2015, pp. 193-194.

se l'amministrazione ne consegue un vantaggio economico. Il contratto può invece attualmente essere concluso dallo Stato e da alcuni enti pubblici statali esclusivamente per la costruzione di alloggi sociali ovvero per la restaurazione, riparazione o messa in valore del proprio patrimonio immobiliare, mentre dalle collettività territoriali, per le quali si riscontra oggi una limitazione più stringente, soltanto per la realizzazione di un'operazione d'interesse generale che rientri nella loro sfera di competenza, ovvero in vista della destinazione di un edificio di culto aperto al pubblico a un'associazione con finalità di culto[25]. Deve essere segnalata la tendenza altalenante nel corso del tempo – disorientante tanto per l'interprete quanto per l'operatore del diritto – prima a consentire finalità sempre più ampie e poi a restringere le stesse[26], con una serie d'interventi legislativi

[25] Sulla finalità di culto, cfr. S. Tissot-Grossrieder, *De l'usage du bail emphytéotique pour la construction d'une mosquée*, in *AJDA*, 2010, pp. 2471 ss.

[26] Nel caso delle collettività territoriali, per esempio, il testo originario dell'articolo L1311-2 del Codice delle collettività territoriali, creato con legge n. 96-142 del 21 febbraio 1996, richiedeva come finalità una mansione di servizio pubblico o la realizzazione di un'operazione d'interesse generale rientrante nella competenza dell'ente. La legge n. 2002-1094 del 29 agosto 2002 vi aggiungeva, per una durata di tempo determinata (ma poi via via prorogata nel corso del tempo) i bisogni di giustizia, polizia o gendarmeria; l'*ordonnance* n. 2003-850 del 4 settembre 2003 v'inseriva anche enti pubblici sanitari e strutture di cooperazione sanitaria di diritto pubblico; la legge n. 2005-1720 del 30 dicembre 2005 aggiungeva (di nuovo, per una durata di tempo determinata, poi oggetto di proroghe) le esigenze di un servizio dipartimentale d'incendio e di soccorso; la legge n. 2006-460 del 21 aprile 2006 la destinazione a un'associazione di culto di un edificio di culto aperto al pubblico; la legge n. 2009-179 del 17 febbraio 2009 la realizzazione d'infrastrutture sportive. La legge n. 2011-267 del 14 marzo 2011, aggiungeva ancora, ampliando molto il campo potenziale dell'istituto, la finalità di riparazione, manutenzione o messa in valore del bene. Quasi sempre, sin dall'inizio, gli interventi legislativi erano via via dettati, piuttosto che da un intento di normazione sistematica, dall'esigenza di dare una base legale a operazioni economiche di una certa consistenza che amministrazioni locali o nazionali erano intenzionate ad avviare, ovvero di superare orientamenti giurisprudenziali che censuravano un uso disinvolto della normativa preesistente da parte delle amministrazioni, tanto per realizzare operazioni immobiliari quanto per affidare la gestione di un servizio, in questo caso con l'ausilio di una convenzione indissociabile volta a stabilirne le condizioni di erogazione e controllo: L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 544-549. Infine, le *ordonnances* n. 2015-899 del 23 luglio 2015 e n. 2016-65 del 29 gennaio 2016 riducevano di molto le finalità autorizzate, limitandole alla realizzazione di un'operazione d'interesse generale rientrante nella competenza dell'ente e alla destinazione all'associazione di culto di un edificio di culto aperto al pubblico e specificando la non utilizzabilità nei

succedutisi in pochi anni sulla spinta d'impulsi contrastanti che dimostrano una particolare vivacità della materia. Ciò con l'effetto, peraltro, di destinare a una certa rapida obsolescenza la giurisprudenza e la dottrina via via formatesi in corrispondenza dei variabili testi legislativi nel tentativo di precisare e di sistematizzare gli stessi. La giurisprudenza è più volte intervenuta, nel corso del tempo e del variare della legislazione, sulla nozione d'interesse generale da considerarsi ai fini di determinare l'ambito di utilizzabilità dell'istituto[27]. Sembrano compatibili con il testo oggi vigente quelle decisioni che, per esempio, da un lato hanno censurato contratti volti alla mera esternalizzazione a un terzo della gestione corrente di un bene immobile appartenente a una collettività territoriale, ricostruendo l'istituto intorno alla finalità di realizzazione da parte del conduttore d'investimenti e migliorie sul bene che è autorizzato a occupare, che, così arricchito, tornerà alla collettività allo scadere del contratto[28]; e, dall'altro lato, hanno ritenuto lecita la complessa operazione immobiliare – di cui si accenna un quadro riassuntivo per dare un'idea degli impieghi nella prassi della locazione enfiteutica amministrativa e del tipo d'interessi pubblici e privati che

casi soggetti alla disciplina sugli appalti pubblici o sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. L'uso della locazione enfiteutica in ambito sanitario risultava addirittura soppresso. Cfr., diffusamente, P. Yolka, *Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie)*, in *AJDA*, 2016, pp. 1797 ss.

[27] Per la finalità di culto, cfr. nella giurisprudenza *CAA Versailles, 3 juill. 2008, n. 07VE01824*; *CAA Paris, 26 oct. 2015, n. 14PA03125*: "l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, dont la portée exacte sur ce point a été explicitée par l'ordonnance précitée du 21 avril 2006, a ouvert aux collectivités territoriales la faculté, dans le respect du principe de neutralité à l'égard des cultes et du principe d'égalité, d'autoriser un organisme qui entend construire un édifice du culte ouvert au public à occuper pour une longue durée une dépendance de leur domaine privé ou de leur domaine public, dans le cadre d'un bail emphytéotique, dénommé bail emphytéotique administratif et soumis aux conditions particulières posées par l'article L. 1311-3 du Code général des collectivités territoriales".

[28] *CE, 19 nov. 2013, n. 352488*; *CAA Marseille, 7e Ch., 21 avr. 2016, n. JurisData: 2016-010132*; sul tema, v. diffusamente G. Clamour, *Investissement jurisprudentiel du BEA*, in *AJDA*, 2014, pp. 285 ss. Peraltro, come si è visto, l'essenzialità dell'obbligo di migliorie è discussa per la locazione enfiteutica di diritto privato. L'essenzialità di un obbligo d'investimento che vada al di là della mera gestione corrente di un bene pare inoltre doversi escludere nelle ipotesi in cui il *bail emphytéotique administratif* sia consentito anche al mero fine di valorizzazione del bene.

vi s'intrecciano – attraverso cui il Comune di Lilla, al fine di estendere i locali del palazzo municipale senza assumersene il gravoso peso economico, aveva concluso una locazione enfiteutica di 65 anni, mettendo a disposizione di una società, tenuta al pagamento di un canone, un terreno (attiguo alla parte già preesistente del palazzo) perché essa vi realizzasse costruzioni destinate in parte all'allargamento degli uffici comunali, in parte a ospitare uffici privati, con impegno della società a sub-locare al Comune in cambio di un canone tutti gli spazi di cui esso avesse avuto bisogno; le costruzioni sarebbero infine integralmente divenute di proprietà del Comune alla fine del contratto. Il *Conseil d'Etat* ha in effetti ritenuto[29] che una tale locazione possa essere utilizzata in vista della realizzazione di un'opera messa a disposizione della stessa collettività territoriale, soddisfacendo adeguatamente il requisito di rispondenza a un interesse generale[30].

Com'è stato più recentemente specificato in occasione dell'emanazione delle *ordonnances* n. 2015-899 del 23 luglio 2015 e n. 2016-65 del 29 gennaio 2016[31], il contratto non può avere per oggetto l'esecuzione di lavori, la consegna di forniture, la prestazione di servizi o la gestione di mansioni di servizio pubblico, con una contropartita economica consistente in un prezzo o diritto di sfruttamento, per conto o per soddisfare i bisogni di un soggetto sottoposto alla normativa sugli appalti pubblici o sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. In ogni caso, laddove la locazione serva all'esecuzione di un contratto di commessa pubblica,

[29] *CE, 25 févr. 1994, AJDA, 1994, 550.*

[30] V. H. Périnet-Marquet, *Note sous CE, 25 févr. 1994*, in *AJDA*, 1994, p. 553: "La jurisprudence administrative a, en effet, intégré depuis longtemps, dans la notion d'intérêt général, des éléments nouveaux comme l'économique ou l'utilisation du sol […]. Une difficulté subsistait cependant : l'intérêt général, dont on a vu la compatibilité avec celui du preneur, ne se confondait-il pas, en l'espèce, avec celui du bailleur ? Le Conseil d'Etat ne l'admet pas. Il considère qu'un bail emphytéotique dont la condition de validité est le respect de l'intérêt général peut être utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage mis à la disposition de la collectivité bailleresse elle-même. L'intérêt du bailleur découle, il est vrai, dans un bail emphytéotique de l'amélioration dont son fonds bénéficiera et cette amélioration peut parfaitement servir l'intérêt général".

[31] Più di recente, la materia è stata ancora una volta riorganizzata con l'introduzione a fine 2018 del *Code de la commande publique*.

tale contratto dovrà prevedere le condizioni dell'occupazione del fondo, nel rispetto delle relative disposizioni dello stesso Codice delle collettività territoriali. Non è opportuno in questa sede approfondire le problematiche concernenti i confini labili con la disciplina degli appalti pubblici in Francia, che comporta regole di pubblicità e di messa in concorrenza, e il relativo contenzioso, di cui pure il *bail emphytéotique* è investito non di rado[32]. Basta qui osservare che gli obiettivi di porre dei limiti più chiari e di evitare aggiramenti hanno stimolato il legislatore francese[33], sulla scia dell'abbondante normativa europea in materia, a interventi limitativi dell'ambito d'impiego delle locazioni enfiteutiche amministrative, oltre all'abrogazione delle regole precedentemente apprestate, in vari contesti normativi, sempre attraverso il conferimento di un diritto di enfiteusi, per la costruzione d'infrastrutture ospedaliere e sportive. Occorre infine soggiungere che gli schemi di contratto amministrativo e autorizzazione di occupazione demaniale attributivi di un diritto reale – sperimentati negli ultimi decenni in Francia con la locazione enfiteutica amministrativa e con l'autorizzazione di occupazione del demanio pubblico costitutiva di diritti reali (che si analizzerà subito di seguito) – si ritrovano per molti versi oggi trasposti e ripresi anche nella recentemente riformata disciplina degli appalti pubblici[34]

[32] V. *ex ceteris*, sin dai primi anni d'introduzione della locazione enfiteutica amministrativa, *CE, 25 févr. 1994, AJDA, 1994, 550*; *CE, 10 juin 1994, n. 141633*; *CE, 9 déc. 1996, n. 172800*; cfr. G. Clamour, *Investissement jurisprudentiel du BEA*, in *AJDA*, 2014, pp. 285 ss.; P. Yolka, *Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie)*, in *AJDA*, 2016, pp. 1797 ss.

[33] Cfr. S. Laporte-Leconte, *Le droit de superficie (fasc. 251-30)*, in *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, 2016, n. 36: "Ces textes ont d'une manière générale fait entrer dans le champ des marchés publics ou des contrats de concessions, les conventions et autorisations domaniales associées à un volet travaux. […] La réforme entend rompre avec la pratique des droits réels sur le domaine, dérogeant à la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et retenant un prix étalé dans le temps, par un système d'aller-retour […]. Ces nouvelles dispositions viennent limiter le recours aux contrats de type BEA ou AOT, ils ne modifient nullement la nature du droit réel susceptible d'être accordé à l'occupant".

[34] *Ordonnance* n. 2015-899 del 23 luglio 2015, art. 85: "I. – Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et

e dell'aggiudicazione dei contratti di concessione[35]. È in ogni caso prematuro tentare di rispondere alla questione se il nuovo e contrario impulso alla contrazione dell'uso pubblicistico della locazione enfiteutica abbia un carattere provvisorio o definitivo; nel frattempo, non viene meno l'interesse di uno studio del *bail emphytéotique administratif*, incentrato sugli elementi di adattabilità dimostrati da un istituto del diritto civile di lunga data che hanno finito per farne nella prassi francese uno dei terreni favoriti di quell'intreccio d'interessi pubblici e privati che è la commessa pubblica. Si può a questo proposito rammentare già nella genesi storica dell'enfiteusi, a partire dal suo antesignano dell'*ager vectigalis*, la compresenza d'interessi pubblici e privati, ad accompagnare lo sviluppo di forme di concessione di lunghissimo periodo di fondi pubblici. Senza che forse i suoi ideatori ne avessero neppure una piena coscienza, la locazione enfiteutica amministrativa dimostra una singolare continuità proprio con gli albori dell'enfiteusi, riproponendo schemi più sofisticati, ma idealmente riconducibili proprio a queste prime manifestazioni dell'istituto.

Alcune regole del Codice delle collettività territoriali – in massima parte riprese dalla parallela regolamentazione riguardante lo Stato e gli enti pubblici statali – derogano alla disciplina

l'affectation du domaine public.

II. – Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles les ouvrages, équipements ou biens immatériels sont mis à la disposition de l'acheteur. Il garantit notamment le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont l'acheteur est chargé et le respect des exigences du service public.

III. – Le marché de partenariat peut prévoir la possibilité pour l'acheteur d'exercer une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations édifiées dans le cadre du contrat.

IV. – Le marché de partenariat prévoit les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels".

[35] *Ordonnance* n. 2016-65 del 29 gennaio 2016, art. 50: "Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

Si le contrat le prévoit, le concessionnaire a des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public".

delle locazioni enfiteutiche di diritto civile, manifestando le peculiarità del suo equivalente di diritto amministrativo e caratterizzando questa figura composita di contratto[36]. Si specifica infatti, prima di tutto, che i diritti risultanti da tale particolare locazione di diritto amministrativo non possono essere ceduti se non con il consenso della collettività territoriale o ente pubblico locale non territoriale e a un soggetto che si surroghi al primo locatario nei diritti e negli obblighi derivanti dal contratto e dalle eventuali convenzioni da esso non separabili concluse per l'esecuzione del servizio pubblico o per la realizzazione dell'operazione d'interesse generale. Il diritto reale conferito all'enfiteuta e le opere di cui questi, attraverso l'attribuzione di un diritto di superficie[37], acquista la proprietà temporanea sono ipotecabili soltanto per garantire prestiti contratti per finanziare la realizzazione o il miglioramento delle opere situate sul fondo locato. Tali prestiti rientrano nell'ammontare massimo di garanzie di vario genere che la collettività territoriale è autorizzata ad accordare alla persona privata[38]. Infatti, la collettività territoriale ha una facoltà di sostituirsi al conduttore nei contratti di prestito da esso assunti, risolvendo o modificando il contratto di locazione e le eventuali convenzioni non separabili o autorizzandone la cessione purché conformemente alle suddette disposizioni. La giurisprudenza amministrativa ha pertanto ritenuto – diversamente dai giudici civili in tema di locazione enfiteutica di diritto privato – compatibili con la natura enfiteutica di un accordo concluso da una collettività locale le clausole che attribuivano al locatore facoltà di risoluzione del contratto in determinate ipotesi o che imponevano al conduttore obblighi e limitazioni nell'utilizzo dei beni messi a sua disposizione, gli accordi esorbitanti dai canoni privatistici giustificandosi con la presenza di preminenti interessi pubblici[39]. In ogni caso, come nella loca-

[36] Tali regole derogatorie sono solo facoltative per i beni immobili appartenenti allo Stato o ad alcuni enti pubblici ma non rientranti nel regime del demanio pubblico, la cui locazione miri alla loro restaurazione, riparazione o messa in valore.

[37] E. Fatôme, M. Raunet, *Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif: le BEA de valorisation*, in *AJDA*, 2010, pp. 2475 ss.

[38] V. art. L2252-1 del Codice delle collettività territoriali.

[39] *CE, 25 févr. 1994, AJDA, 1994, 550*. In generale, sulla risoluzione dei contratti amministrativi francesi, per ragioni conformi al diritto comune (forza

zione enfiteutica di diritto privato, il concedente diviene proprietario dei beni realizzati solo al termine del contratto, non incaricandosi della direzione tecnica dei lavori e quindi non assumendo il ruolo di loro committente[40]. Il contratto d'ipoteca deve, a pena di nullità, essere approvato dalla collettività territoriale e i soli creditori ipotecari possono esercitare misure conservatorie o di esecuzione sul diritto di enfiteusi. Qualora pattuito che il concedente versi una rimunerazione all'enfiteuta, nel suo calcolo si distinguono i costi d'investimento, di funzionamento e di finanziamento. Le costruzioni realizzate nel quadro della locazione enfiteutica possono essere oggetto, come espressamente precisato dal legislatore nella disciplina della versione di diritto pubblico di tale contratto, della conclusione di contratti di leasing, purché le loro clausole permettano di preservare le esigenze del servizio pubblico. La modicità del canone non sembra essere un elemento qualificante, e neanche naturale, delle locazioni enfiteutiche di diritto pubblico, che, secondo le operazioni economiche concordate, possono prevedere contropartite finanziarie anche significative da parte dell'enfiteuta[41]. In definitiva, la locazione enfiteutica di diritto amministrativo si è dimostrata, alla prova dei fatti, uno strumento flessibile a disposizione per varie situazioni caratterizzate dalla presenza di un preminente interesse pubblico che aleggia al disopra della convenzione *ad meliorandum* stipulata dalle parti su un bene immobile; il rinvio all'istituto civilistico non è meramente retorico e la realità del diritto conferito acquista rilievo in particolare per permettere al soggetto che si è impegnato a realizzare l'opera di reperire sul mercato del credito i finanziamenti

maggiore, impossibilità sopravvenuta o inadempimento della controparte) oppure da esso esorbitanti, in virtù di un interesse generale e con riparazione del danno subito dalla controparte, v. P. Serrand, *Droit administratif*, t. I: *les actions administratives*, Parigi, 2015, pp. 295-301.

40 *CE, 25 févr. 1994, AJDA, 1994, 550*; una responsabilità sussidiaria dell'ente per i danni causati a terzi dallo svolgimento dei lavori è dunque concepibile solo in caso di provato stato d'insolvenza dell'enfiteuta: *CE, 16 févr. 2005, n. 211039*.

41 C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, III ed., Parigi, 2011, p. 273; d'altra parte, anche un canone meramente simbolico di un euro l'anno è stato ritenuto compatibile con la natura del contratto, che si presta quindi al compimento di operazioni anche molto diverse tra loro: *CE, 19 juill. 2011, n. 320796*.

necessari, laddove gli innesti di natura pubblicistica preservano e salvaguardano l'interesse generale implicato, correggendo ove necessario gli effetti dello schema di contratto di diritto privato.

B. *Autorizzazione di occupazione del demanio pubblico francese costitutiva di diritti reali*

La locazione enfiteutica non è il solo schema giuridico di cui gli enti pubblici francesi si sono serviti nel corso degli ultimi anni per realizzare operazioni di natura complessa, richiedenti strumenti contrattuali elaborati a partire da sintesi originali di elementi di diritto privato e di diritto pubblico (e, nel diritto pubblico, attingendo pure ad ambiti disparati, quali la disciplina del demanio, dei contratti finanziari degli enti pubblici, della delega di pubblico servizio, dei pubblici appalti, ecc.)[42]. Un'altra figura attributiva di diritto reale, di frequente utilizzo, è la particolare autorizzazione di occupazione del demanio pubblico introdotta dalla legge n. 94-631 del 25 luglio 1994 e oggi disciplinata agli articoli da L2122-6 a L2122-14 e da R2122-10 a R2122-27 del Codice della proprietà delle persone pubbliche e da L1311-5 a L1311-8 del Codice delle collettività territoriali. Questa autorizzazione, di maggiore diffusione per quanto riguarda il demanio dello Stato e dei suoi enti pubblici, è disciplinata, con regole simili, anche con riferimento alle collettività territoriali e ai loro raggruppamenti ed enti pubblici, escludendosi però il ricorso a essa per beni del demanio pubblico naturale. I contratti conclusi dalle collettività territoriali e dai relativi raggruppamenti ed enti pubblici sono sottoposti a uno stretto vincolo di finalità, per l'attuazione di un'operazione d'interesse generale rientrante nella loro competenza, laddove a livello statale tale vincolo, pur presente, è abbastanza più ampio, rivolto alla realizzazione di opere, costruzioni e installazioni immobiliari a loro volta rispondenti a esigenze di vario genere, per esercitare le attività specificate nel titolo di occupazione[43].

[42] C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, III ed., Parigi, 2011, p. 282.

[43] V. E. Fatôme, P. Terneyre, *Droits réels sur le domaine public de l'Etat: clarification ou multiplication des interrogations ?*, in *AJDA*, 1995, pp. 905 ss.

L'istituto in esame presenta maggiore originalità rispetto alla locazione enfiteutica amministrativa, in quanto non ha uno specifico equivalente nella tradizione di diritto civile, alla cui categoria dei diritti reali minori di godimento attinge però ampiamente, adattando gli stessi alla presenza d'interessi pubblici preminenti. Esso ha inoltre un campo d'applicazione e degli effetti differenti e non sovrapponibili, non essendone per esempio esclusi i beni del patrimonio stradale, comportando ordinariamente la demolizione delle costruzioni e, in generale, caratterizzandosi per un'intensità della situazione giuridica attribuita che sembra complessivamente più limitata rispetto alla locazione enfiteutica, sia pure nella versione di diritto amministrativo: minore durata massima consentita, minore dispositività delle regole legislative, con una più dettagliata e stringente previsione di severi limiti a ogni forma di disposizione totale o parziale del diritto. La differenza tra i due istituti ne consente un utilizzo finalizzato a operazioni economico-sociali di diversa natura, la cui linea di confine sembra però piuttosto evanescente. Si manifesta comunque anche in questo caso, quantomeno come elemento naturale dell'operazione, un diritto di superficie, consistente nella dissociazione tra proprietà del suolo, che resta allo Stato o ente pubblico, e proprietà delle costruzioni realizzate, temporaneamente in capo al beneficiario dell'autorizzazione, che esso può per esempio nel frattempo locare allo stesso Stato o ente pubblico[44]. Sulla base di una lettura sistematica della disciplina legislativa e regolamentare, alcuni autori francesi distinguono due diritti, in capo al soggetto titolare dell'autorizzazione: uno sul fondo, di natura reale amministrativa, limitato tanto nel

[44] Cfr. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 551-552; v. anche *CAA Marseille, 27 févr. 2007, n. 04MA00652*: "ces dispositions […] n'accordent à l'occupant des droits réels que sur les ouvrages, constructions et installations qu'il a réalisées pour l'exercice de son activité et ne lui confèrent qu'à ce seul titre, les prérogatives et obligations du propriétaire ; […] elles n'ont toutefois ni pour objet ni pour effet de lui conférer les mêmes droits, obligations et prérogatives à l'égard de la dépendance domaniale elle-même qu'il a été autorisé à occuper ni, par conséquent, de lui attribuer le pouvoir de délivrer lui-même des autorisations d'occupation de ladite dépendance domaniale ni celui d'instaurer et de percevoir les redevances y afférentes"; *CAA Bordeaux, 30 oct. 2008, n. 07BX00774*.

tempo quanto negli effetti[45], ma in qualche misura assimilabile all'operare del meccanismo giuridico del *bail à construction*[46], tale da derogare temporaneamente all'operare dell'accessione; l'altro – distinto ma indissociabile dal primo in sede di circolazione – sempre di natura reale sulle opere di carattere immobiliare realizzate, virtualmente assimilabile alla proprietà di diritto civile, ma il cui sussistere è condizionato dal permanere in esistenza del primo e più precario diritto reale amministrativo[47]. Il *Conseil d'Etat* – con una decisione in sintonia con l'approccio generale dualista in materia di superficie che si è deciso di adottare anche nella presente trattazione – ha precisato che il diritto reale di cui beneficia il titolare di un'autorizzazione di occupazione temporanea del demanio pubblico statale non grava soltanto le opere, costruzioni e installazioni realizzate, ma include in qualche modo il terreno che vi funge da base[48].

In ogni caso, conformemente al dettato legislativo, il titolare di autorizzazione di occupazione temporanea del demanio pubblico dello Stato e degli enti pubblici statali[49] ottiene, salvo

[45] La struttura della figura in discorso, introdotta dal legislatore, ha ricevuto critiche in dottrina in quanto ambigua sommatoria di elementi d'innovazione e di prudenza, nel difficile tentativo di rendere compatibili opposte istanze di liberalizzazione dello sfruttamento economico delle utilità del demanio pubblico e di protezione dello stesso da ingerenze d'interessi privati: cfr. M. Lombard, *La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques: commentaire de la loi n. 94-631 du 25 juillet 1994*, in *Actualité législative Dalloz*, 1994, *Commentaires législatifs*, pp. 183 ss.

[46] A tale locatario anomalo di diritto civile, il soggetto autorizzato è paragonabile per quanto riguarda la centralità del diritto di superficie nell'operazione programmata, nonché per molte delle obbligazioni assunte, di costruzione e mantenimento in buono stato delle costruzioni; se ne distingue però, in particolare, per i consistenti limiti alla circolazione e per la maggior precarietà del suo diritto, non potendo per esempio alterare la destinazione del bene: cfr. E. Fatôme, P. Terneyre, *Droits réels sur le domaine public de l'Etat: clarification ou multiplication des interrogations ?*, in *AJDA*, 1995, pp. 905 ss.

[47] E. Fatôme, P. Terneyre, *Actualité du domaine public: la loi du 25 juillet 1994, observations complémentaires*, in *AJDA*, 1994, pp. 780 ss.; E. Fatôme, P. Terneyre, *Droits réels sur le domaine public de l'Etat: clarification ou multiplication des interrogations ?*, in *AJDA*, 1995, pp. 905 ss.

[48] *CE, 11 mai 2016, n. 390118*.

[49] V. Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public*, in *RDI*, 2009, p. 14: "Pourtant, ce principe n'est pas étendu aux collectivités locales ; il est même d'une certaine façon inversé, puisqu'il est disposé que les collectivités

diversa prescrizione del titolo di occupazione[50], un diritto reale sulle opere, costruzioni e installazioni di carattere immobiliare che esso abbia realizzato per l'esercizio di un'attività autorizzata dal titolo, tale da conferirgli, per la durata dell'autorizzazione – che dipende dalla natura dell'attività e delle opere autorizzate, nel limite comunque di 70 anni non rinnovabili[51] – le prerogative e gli obblighi di un proprietario, con alcune condizioni e limiti. Come recentemente precisato dal legislatore, restringendo il campo di applicazione dell'istituto per ragioni analoghe a quelle analizzate in tema di locazione enfiteutica amministrativa, un'autorizzazione di occupazione temporanea non può avere per oggetto le attività sottoposte alla normativa sugli appalti pubblici o sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e, in ogni caso, laddove serva all'esecuzione di un contratto di commessa pubblica, il titolo di occupazione deve prevedere le condizioni dell'occupazione del fondo. Il diritto reale può promanare tanto da un'autorizzazione unilaterale quanto da un contratto[52]. Il titolo di occupazione costitutivo di diritto reale deve determinare precisamente la consistenza del diritto, la sua durata e tutti gli altri elementi necessari ai

locales «peuvent» décerner des titres constitutifs de droits réels, ce qui veut dire que si elles ne le font pas, le titre n'est pas constitutif de droits réels ; à cela s'ajoute une limitation quant à l'objet du titre qui doit s'inscrire dans la satisfaction d'un intérêt général ou d'un service public local, reprenant là des formules qui existaient déjà, dans le droit des collectivités locales, pour le bail emphytéotique administratif".

[50] Ma, quando le opere sono necessarie alla continuità di un servizio pubblico, come per quelle realizzate nel quadro di una concessione di pubblico servizio, il diritto attribuito ha natura reale solo se così specificamente decide lo Stato o ente pubblico statale, con una precisa procedura prescritta dalle norme regolamentari. Al di fuori di tali casi, sulla discrezionalità del potere dell'amministrazione di attribuire o meno la qualifica reale al diritto concesso, v. E. Fatôme, P. Terneyre, *Droits réels sur le domaine public de l'Etat: clarification ou multiplication des interrogations ?*, in *AJDA*, 1995, p. 911: "Il faut […] que l'autorité administrative ne puisse exclure le caractère constitutif de droit réel du titre d'occupation que pour des motifs bien précis qu'il appartiendra au juge d'«extraire» de la loi et du décret, mais qui paraissent devoir être essentiellement (au vu notamment de la composition du dossier de la demande) des motifs relatifs, d'une part, à la capacité technique et financière du demandeur et, d'autre part, à l'éventuelle nécessité de permettre à l'administration, eu égard aux caractères de la dépendance domaniale en cause, de mettre fin aisément à l'occupation".

[51] Cfr. *Cons. const., 21 juillet 1994, n. 94-346 DC.*

[52] L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, IX ed., Parigi, 2014, p. 550.

fini della pubblicità fondiaria; devono anche figurarvi le condizioni a cui il diritto è conferito, e in particolare l'ammontare e le modalità di pagamento del canone di occupazione, gli eventuali obblighi di servizio pubblico imposti e le opere, costruzioni e installazioni immobiliari da edificare ed eventualmente quelle altre già esistenti da mantenere in buono stato per tutta la durata di validità del titolo.

Il diritto reale conferito e gli immobili realizzati, di cui il soggetto autorizzato è (perlopiù) temporaneamente proprietario, sono incedibili e intrasmissibili, neanche per via di fusione, assorbimento o scissione societari, se non a una persona autorizzata dall'autorità competente e per un utilizzo compatibile con la destinazione del bene pubblico demaniale occupato. La trasmissione *mortis causa* al coniuge o a un altro degli eredi designato di comune accordo è invece consentita, purché il beneficiario si presenti entro sei mesi dal decesso della persona fisica titolare dell'autorizzazione per ottenere il gradimento dell'autorità competente. Si manifesta così un principio di personalità dell'autorizzazione[53].

Il diritto reale e le costruzioni effettuate sono ipotecabili solo al fine di garantire prestiti contratti dal soggetto autorizzato per finanziare lo svolgimento delle opere convenute sul bene demaniale occupato. I creditori chirografari il cui diritto non nasca dal finanziamento di tali lavori non possono praticare misure conservatorie o di esecuzione forzata sul diritto reale e sulle opere. Le ipoteche si estinguono in ogni caso alla scadenza del titolo di occupazione; in tale momento, le opere, costruzioni e installazioni presenti sul bene demaniale occupato devono essere demolite dal titolare dell'autorizzazione a sue spese, salvo che la loro permanenza sia stata espressamente prevista dal titolo di occupazione ovvero la stessa autorità competente rinunzi del tutto o in parte alla loro demolizione: in tali ipotesi, le strutture diventeranno gratuitamente di proprietà dello Stato o ente pubblico statale, libere da privilegi o ipoteche. Nel caso di revoca anticipata dell'autorizzazione, per un motivo diverso

[53] L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, IX ed., Parigi, 2014, p. 552; *CE, 31 juill. 2009, n. 316534.*

dall'inadempimento delle obbligazioni da parte del soggetto titolare dell'autorizzazione, questi è indennizzato del pregiudizio diretto, materiale e certo dovuto alla revoca[54], secondo criteri che possono essere precisati nel titolo di occupazione. Regole d'informazione sono dettate a protezione dei creditori nell'ipotesi di revoca, tra l'altro per mettere gli stessi in grado di sostituirsi o proporre la sostituzione di un terzo al permissionario che sia mancato ai suoi obblighi. Con riferimento alle costruzioni su cui esercita il proprio diritto, il soggetto titolare dell'autorizzazione può concludere contratti di leasing immobiliare, che, qualora strumentali al finanziamento di lavori necessari alla continuità di un servizio pubblico, devono contenere clausole di salvaguardia delle esigenze di tale servizio. Quando il beneficiario del contratto di leasing sia un soggetto finanziato in misura decisiva dallo Stato o dall'ente pubblico a cui sia riconducibile il bene concesso in autorizzazione, la conclusione del contratto deve essere autorizzata dallo Stato.

Si segnala infine che nel *Code de l'éducation* l'articolo L719-14 consentiva che i beni utilizzati da enti pubblici a carattere scientifico, culturale e professionale per lo svolgimento delle proprie mansioni di servizio pubblico potessero essere oggetto di un contratto che conferiva dei diritti reali a un terzo, con il consenso preventivo dell'autorità amministrativa competente, purché vi fossero nell'accordo clausole tali da assicurare la continuità del pubblico servizio. Con gli stessi limiti e vincoli provvedeva più in generale l'articolo L762-2 del medesimo Codice in merito ad alcune categorie di enti pubblici d'insegnamento superiore, competenti per concludere, sui beni immobili a essi destinati o messi a disposizione dallo Stato, contratti che attribuivano dei diritti reali a un terzo; tali enti fissavano le condizioni finanziarie dei titoli di occupazione del demanio che avevano rilasciato, con il parere dell'autorità amministrativa competente[55].

[54] *CE, 31 juill. 2009, n. 316534.*

[55] V. C. Manson, *La reconnaissance de droits réels sur le domaine public universitaire: suites de la loi LRU*, in *JCP A*, 2011, *Domaine/Patrimoine*, n. 2063; attualmente, cfr. art. L2341-2 del *Code général de la propriété des personnes publiques*.

Il contratto di diritto privato di *bail à construction*, che presenta qualche parentela con l'autorizzazione di occupazione in discorso, ma di cui non esiste una specifica versione pubblicistica, secondo un orientamento giurisprudenziale a lungo affermatosi non può essere stabilito su beni del demanio pubblico, bensì esclusivamente su beni pubblici non demaniali[56], regolato dalle norme di diritto comune e sottoposto alla giurisdizione ordinaria in caso di controversie[57]. Tale contratto non può in ogni caso, con clausole esorbitanti rispetto alla disciplina ordinaria del *bail à construction*, conferire l'esecuzione di mansioni di servizio pubblico o di un'operazione di lavori pubblici di cui il soggetto pubblico abbia il ruolo di committente[58]. Un uso piuttosto largo ne è stato fatto nel quadro di opere di urbanizzazione per valorizzare il patrimonio fondiario (non demaniale) acquisito da collettività locali attraverso l'esercizio del loro diritto legale di prelazione sulle alienazioni d'immobili urbani[59]. Con riferimento a beni sottoposti al vincolo di demanialità, tuttavia, il *Conseil d'Etat* ha recentemente sfumato il precedente orientamento di severo diniego, affermando in proposito che, se la costituzione di diritti reali su beni del demanio pubblico dello Stato suppone in linea di principio il rilascio di un'autorizzazione temporanea di occupazione, nessuna disposizione o principio vietano nondimeno che lo Stato e i suoi enti pubblici possano autorizzare l'occupazione di siffatti beni sulla base di una convenzione attraverso cui una delle parti s'impegna, a titolo principale, a edificare costruzioni sul terreno e a conservarle in buono stato per tutta la durata dell'accordo, con l'attribuzione di un diritto reale, a condizione però che le clausole della convenzione conclusa rispettino in ogni caso le disposizioni applicabili alle autorizzazioni di occupazione temporanea del demanio pubblico statale costitutive di diritto reale, che s'im-

[56] *CE, 23 juin 2004, n. 259474.*

[57] *Cass. 1re civ., 19 déc. 1995, n. 94-11783*; *CAA Bordeaux, 10 juin 1996, n. 95BX00685; Trib. confl., 7 juill. 2014, n. C3958.*

[58] *CAA Bordeaux, 10 juin 1996, n. 95BX00685*; *CAA Marseille, 24 juin 2004, n. 98MA00426.*

[59] J.-R. Bouyeure, *S.O.S. pour les baux à construction: à propos de l'art. 9 de la loi n. 77-1457 du 29 décembre 1977*, in *Gaz. Pal.*, 1978, II, *Doctrine*, p. 364.

pongono sugli accordi di qualsivoglia natura aventi come effetto l'autorizzazione dell'occupazione del demanio pubblico[60].

C. *Concessioni amministrative su beni demaniali in Italia*

Si è appena visto come nell'ordinamento francese l'ambito delle concessioni a privati di suoli pubblici per realizzarvi opere e costruzioni si sia particolarmente sviluppato negli ultimi anni, in una serie di figure differenziate il cui archetipo, adattato agli interessi pubblici coinvolti, si ritrova negli istituti civilistici dell'enfiteusi e della superficie, quali faticosamente sopravvissuti alla codificazione napoleonica. Senza che, per le ragioni che si sono più volte esposte, un quadro complessivo egualmente sofisticato, diffuso e consolidato di utilizzi del diritto di superficie si possa riscontrare nell'ordinamento italiano contemporaneo, simili esigenze di valorizzazione economica della proprietà pubblica (prescindendo qui dalle relative incertezze definitorie e classificatorie[61]) attraverso concessioni a privati caratterizzate da una certa solidità si pongono anche in Italia e il loro inquadramento è pure quivi più o meno convintamente ricondotto

[60] *CE, 11 mai 2016, n. 390118*.

[61] Sulla problematica e sfuggente nozione della proprietà pubblica, v. M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, II: diritto amministrativo speciale*, t. II, II ed., Milano, 2003, pp. 1714-1715: "Gli orientamenti della scienza giuridica più avanzati tendono a prescindere delle locuzione identificative della «proprietà pubblica» contenute all'art. 42, cost. e all'art. 822 ss., c.c., come «beni appartenenti allo stato agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici», «demanio pubblico», «patrimonio indisponibile», «patrimonio dei vari enti pubblici», in quanto inadatte a fornire un preciso contenuto non solo della proprietà pubblica ma neppure del demanio e del patrimonio indisponibile. In questo modo assume rilievo, oltre che l'attività dell'ente «proprietario», l'attività di utilizzazione, godimento potenziale o attuale, esercitata da soggetti appartenenti a collettività su di un bene economico, definito, in sintesi «bene pubblico». Si distinguono all'interno della nozione unitaria di bene pubblico così individuata, due distinti profili: l'uno soggettivo, secondo cui un bene pubblico è tale in quanto fornisce un'utilità ad una collettività pubblica; l'individuazione del bene pubblico in senso oggettivo è rimessa alla scelta di un criterio di qualificazione operata dal legislatore positivo. Tuttavia il canone di individuazione non è mai unitario negli ordinamenti positivi, ma si ha una commistione di principi, canoni o di istituti giuridici che fanno sì che i beni privati o pubblici non costituiscano una categoria oggettivamente uniforme, ma differenziata per qualità giuridiche tanto strutturali quanto funzionali".

alla figura della superficie, quando la concessione contempli una rinuncia all'accessione da parte del soggetto pubblico, in una pluralità di fonti di riferimento secondo l'ambito di volta in volta evocato. Come disposto dall'articolo 823 del Codice civile,

> i beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano.

Alle normative specifiche concernenti le varie tipologie di beni occorrerà allora avere riguardo, con l'instaurarsi di un rapporto in cui l'aspetto negoziale-contrattualistico (subordinato) del rapporto e quello autoritativo (preminente) conseguente all'atto amministrativo di concessione, concorrono strettamente nel formare una fattispecie complessa[62], il cui aspetto pubblicistico si manifesta nella revocabilità per ragioni d'interesse generale e nella necessaria temporaneità del godimento attribuito[63]. Occorre rammentare che

> i provvedimenti concessori sono tutti atti autoritativi, la cui funzione generale è di legittimare la deroga al principio di eguaglianza a cui si addiviene per il fatto di attribuire a soggetti dell'ordinamento dei vantaggi particolari. Questi due tratti (autoritatività e incidenza sulla parità di trattamento) distinguono le fattispecie dei provvedimenti concessori da un lato dai negozi e dall'altro da altre categorie di provvedimenti amministrativi[64].

Qualificazioni di diritto di superficie delle prerogative riconosciute al titolare di concessione su bene demaniale, quindi con l'applicazione residuale della disciplina codicistica, si riscontrano in giurisprudenza[65] e in dottrina: così per esempio in tema

[62] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 394.

[63] *Cass. civ., ss.uu., 16 marzo 1960, n. 539, MFI, 1960, 122*; *Cass. civ., ss.uu., 13 febbraio 1997, n. 1324*.

[64] M.S. Giannini, *I beni pubblici, dispense delle lezioni del Corso di diritto amministrativo tenute nell'Anno Acc. 1962-63*, Roma, 1963, p. 115.

[65] *Cass. civ., ss.uu., 16 marzo 1960, n. 539, MFI, 1960, 122*; *Cass. civ., sez. II, 28 febbraio 1969, n. 670, Il foro it., 1969, I, 852*; v. anche *Cass. civ., sez. II, 19 luglio 1969, nn. 2707, 2708, 2709, Repertorio generale della giurisprudenza italiana, 1969, 1123, 1, 2, 3*; *Cass. civ., ss.uu, 13 febbraio 1997, n. 1324*; *contra*, *Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 1980, n. 1369, MFI, 1980, 264*.

di demanio marittimo[66], d'impianti ferroviari e tranviari[67] e di demanio stradale in favore della società concessionaria dell'autostrada[68]. Ai parcheggi pertinenziali realizzati su aree comunali attraverso la creazione di un diritto di superficie, espressamente qualificato tale dal legislatore, si dedicherà specifica attenzione più avanti. Con riferimento a chioschi, stabilimenti balneari, distributori di carburante e attrezzature di giochi all'aperto, se

[66] V. *Cass. civ., sez. I, 4 maggio 1998, n. 4402*: "Che, nella specie, si tratti della costituzione di un diritto di superficie, risulta:

1) indubbiamente, dalla previsione della facoltà, per la concessionaria, di costituire ipoteca sulle opere costruite sui beni demaniali oggetto di concessione […];

2) dalla disciplina prevista dall'art. 46 del codice della navigazione e art. 30 reg. es.: infatti – posto che la prima disposizione (che regola il "subingresso nella concessione") stabilisce (al comma 2) che, in caso di vendita o di esecuzione forzata, l'acquirente o l'aggiudicatario di opere o impianti costruiti dal concessionario su beni demaniali non può subentrare nella concessione senza l'autorizzazione dell'autorità concedente (la quale, peraltro, in caso di vendita forzata, può dichiarare la decadenza del concessionario, e, in caso di esecuzione forzata, può revocare la concessione: cfr. art. 30 comma 3 reg. es. cit.); e che la previsione sia della vendita (art. 1470 c.c.), sia dell'esecuzione forzata (art. 2910, comma 1, c.c.) di tali opere o impianti presuppone necessariamente che il venditore o il debitore esecutato ne sia proprietario – a ciò consegue che, normalmente, salvo che non sia diversamente stabilito nel titolo (atto di concessione), la concessione avente (anche) ad oggetto lo jus aedificandi comporta l'acquisto della proprietà delle opere costruite da parte del concessionario, conformemente a quanto previsto per la costituzione del diritto di superficie (art. 952, comma 1, c.c.);

3) infine, dalla previsione, pure contenuta nell'atto di concessione de quo, dell'acquisto, da parte dello Stato, al momento della cessazione del rapporto di concessione, della proprietà delle opere costruite dalla Società concessionaria: siffatta previsione, che, come già detto, riproduce la disciplina prefigurata dall'art. 49 comma 1 codice della navigazione, ricalca la regola contenuta nell'art. 953 c.c., secondo cui, se la costituzione del diritto è stata fatta a tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione"; G. Giacobbe, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2003, p. 122: "il privato destinatario della concessione-convenzione acquisisce, sull'opera realizzata, il diritto di proprietà superficiaria, conseguente alla deroga ai principi propri dell'accessione, sia pure rispettandosi le limitazioni che derivano dalla natura pubblica del bene sul quale la costruzione è eseguita".

[67] G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 103-104; per la normativa di riferimento, v. in particolare Regio Decreto del 9 maggio 1912, n. 1447, di "Approvazione del testo unico delle disposizioni di legge per le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e gli automobili".

[68] G. Giacobbe, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2003, p. 122; *Cass. civ., sez. I, 10 aprile 1969, n. 1154, MFI, 1969, 343*.

n'è discussa la qualifica di "costruzione" ai sensi dell'articolo 952 del Codice civile, vagliandone di volta in volta il carattere meramente transitorio e precario oppure di una certa stabilità, con trasformazione durevole dell'area occupata e destinata a scopo edilizio[69], affermando o negando secondo il caso di specie la qualifica superficiaria del diritto[70]. Nel tentativo di ricostruire concettualmente tale ampia casistica, la situazione del concessionario è stata interpretata da un filone dottrinale, nella commistione di diritto pubblico e privato, contemperando le reciproche istanze, come comprensiva di un diritto di proprietà sulla costruzione e di una prerogativa sul suolo, che si atteggiano, nei confronti della generalità dei soggetti, come diritti reali civilistici pieni e incondizionati, suscettibili di autonoma circolazione nella misura in cui ciò sia consentito dal titolo concessorio; mentre, nei confronti della Pubblica Amministrazione, in presenza di un superiore interesse pubblico, come situazioni più precarie e affievolite, interessi legittimi che traggono origine dall'atto amministrativo e sono disciplinati dallo stesso in conformità alla normativa speciale di riferimento[71]. Il contratto che regola i rapporti resta condizionato

[69] V. *Tar Lombardia, Milano, sez. II, 27 settembre 1988, n. 312, Rivista giuridica dell'edilizia, 1988, I*, 979: "Poiché per «costruzione edilizia» si intende anche un manufatto prefabbricato non infisso né incorporato al suolo mediante fondazioni, ma che, per la forza di gravità, si immedesima con il terreno sottostante, inerendovi con caratteristiche di stabilità e con capacità di trasformare in modo durevole l'area occupata ed utilizzata definitivamente a scopo edilizio, non può ritenersi costruzione «precaria» un chiosco, prefabbricato destinato alla vendita di fiori e piante, successivamente completato da una tettoia e da una recinzione, elementi costruttivi, questi idonei ad attribuire al manufatto stesso carattere di consistenza, stabilità e duratura utilizzazione"; *Cons. St., sez. II, 20 novembre 1989, n. 333, Il consiglio di Stato, 1991, I, 1882*.

[70] *Cass. civ., sez. I, 25 novembre 1970, n. 2516, MFI, 1970, 763*; *App. Firenze, 2 marzo 1962, RGE, 1962, I, 888*; cfr. M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 379-381.

[71] S. Cassese, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1967, p. 160; A. M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 290; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 381-384; A. Guarneri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, pp. 52-56; v. anche le ricostruzioni di A. de Cupis, *La proprietà superficiaria degli stabilimenti balneari*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, pp. 349-351, affermando la proprietà superficiaria del concessionario sulla costruzione ma una natura

all'efficacia del provvedimento amministrativo unilaterale cui è connesso[72], il cui venir meno comporta l'inoperatività giuridica della convenzione non solo nei rapporti tra amministrazione e concessionario, ma anche di quelli eventualmente instaurati da quest'ultimo con terzi, che non possono intralciare l'esercizio dei pubblici poteri sul bene[73]. Se quindi l'interpretazione della situazione del concessionario come rapportabile a quella del titolare di un diritto reale civilistico, più o meno identificato con la figura della superficie, riscuote un certo successo[74], di contro certi autori hanno rimarcato la prevalenza dell'interesse pubblico nell'improntare la natura del diritto del concessionario, tale da precludere il ricorso a schemi interpretativi propri del diritto privato[75]. Osserva il Pugliese, dopo aver vagliato le varie posizioni, che

meramente personale del suo diritto sul suolo; G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1474-1476, sostenendo la natura superficiaria pure del diritto sul suolo demaniale; cfr. già S. Romano, *Corso di diritto amministrativo: principî generali*, Padova, 1932, pp. 207-208; E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1934, pp. 358-359; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. IV, *I mezzi dell'azione amministrativa*, IV ed., Milano, 1955, pp. 36-37; con riferimento al diritto su una cappella per la sepoltura, v. *Cass. civ., ss.uu., 7 luglio 1994, n. 8197*: "incidentalmente, si rileva che, secondo l'orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, il diritto sul sepolcro costruito nasce dalla concessione, da parte della Pubblica Amministrazione, di un'area del terreno cimiteriale o di una porzione di edificio in un cimitero pubblico. La concessione, di natura traslativa secondo l'opinione prevalente, crea, in capo al privato concessionario e nei confronti degli altri privati ai quali esso è pienamente opponibile iure privatorum, un diritto soggettivo perfetto, di natura reale particolare, assimilabile al diritto di superficie, che si affievolisce, degradando ad interesse legittimo, nei confronti della Pubblica Amministrazione, nei casi in cui esigenze di pubblico interesse, per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero, impongano o consiglino alla Pubblica Amministrazione di esercitare il potere di revoca della concessione – v. Cass. n. 3311 del 30 maggio 1984; n. 3607 del 25 maggio 1983"; v. anche *Cass. civ., sez. I, 6 febbraio 1970, n. 252, MFI, 1970, 90*; *Cass. civ., sez. II, 20 ottobre 2016, n. 21221*.

72 M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, II: diritto amministrativo speciale*, t. II, II ed., Milano, 2003, pp.1725-1726.

73 *Cons. St., sez. IV, 19 gennaio 1988, n. 11, Il foro amministrativo, 1988, 35*.

74 In giurisprudenza, v. *Cass. civ., ss.uu., 16 marzo 1960, n. 539, MFI, 1960, 122*; *Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 1970, n. 176, MFI, 1970, 66*.

75 L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 36; G. Pescatore, R. Albano, *Della proprietà*, t. I, in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1968, p. 630; per una qualifica meramente pubblicistica del diritto conferito al concessionario, improntato alla preminenza della p.a., v. già G. Ingrosso, *Demanio*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, Torino,

requisito giuridico della cosa per poter essere oggetto di un autentico diritto di superficie (nel senso di diritto privato regolato dalle norme civilistiche e soggetto soltanto agli ordinari provvedimenti di espropriazione per pubblico interesse) deve considerarsi l'assenza di una sua destinazione all'uso pubblico, che valga a renderla demaniale. Tuttavia anche sulle cose demaniali possono costituirsi mediante concessione diritti privati di natura reale assimilabili alla superficie e disciplinati dagli art. 952 e seguenti codice civile, benché soggetti in via primaria alla disciplina di leggi speciali e subordinati [...] all'interesse pubblico[76].

Con riferimento ai beni non demaniali, ma patrimoniali indisponibili, tanto più semplice può risultare la qualificazione di superficie del diritto conferito[77]: oltre a quanto si approfondirà con riferimento all'edilizia residenziale pubblica e alle aree comunali destinate a parcheggio, si può citare a tal proposito l'esplicita evocazione del diritto di superficie da parte del legislatore nell'articolo 27 della legge n. 865 del 22 ottobre 1971, con riferimento ad aree destinate a impianti produttivi nel quadro di Piani per gli insediamenti produttivi[78], rispetto a cui più recen-

1938, pp. 693-694; E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Messina, 1931, p. 225; conforme a tale impostazione, *Trib. Gorizia, 6 luglio 1994*, riportato in M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 383.

76 G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 584-585.

77 G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1476.

78 Come dispone il testo legislativo, quale modificato dalla legge n. 449 del 27 dicembre 1997: "Il comune utilizza le aree espropriate per la realizzazione di impianti produttivi di carattere industriale, artigianale, commerciale e turistico mediante la cessione in proprietà o la concessione del diritto di superficie sulle aree medesime. Tra più istanze concorrenti è data la preferenza a quelle presentate da enti pubblici e aziende a partecipazione statale nell'ambito di programmi già approvati dal CIPE. La concessione del diritto di superficie ad enti pubblici per la realizzazione di impianti e servizi pubblici, occorrenti nella zona delimitata dal piano, è a tempo indeterminato; in tutti gli altri casi ha una durata non inferiore a sessanta anni e non superiore a novantanove anni. Contestualmente all'atto di concessione, o all'atto di cessione della proprietà dell'area, tra il comune da una parte e il concessionario o l'acquirente dall'altra, viene stipulata una convenzione per atto pubblico con la quale vengono disciplinati gli oneri posti a carico del concessionario o dell'acquirente e le sanzioni per la loro inosservanza"; cfr. M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 392.

temente si è consentita la trasformazione in piena proprietà del diritto del superficiario[79].

Sezione II. *Demanio pubblico e divisione in volumi*

Si sono osservate le implicazioni pubblicistiche – e si riprenderanno più avanti quelle nell'ambito delle politiche sociali – delle locazioni reali in Francia. È ora opportuno gettare uno sguardo ai già evocati risvolti di diritto pubblico dell'altra costruzione giuridica della proprietà di volumi.

A. *L'incompatibilità tra demanialità pubblica e comproprietà*

Le vicende della figura giuridica della proprietà di volumi presentano un legame molto stretto con quelle del demanio pubblico francese, le cui incompatibilità con il regime della comproprietà degli edifici sono state proprio tra le principali ragioni concrete all'origine dello sviluppo di una diversa tecnica di organizzazione d'immobili in cui locali di proprietà di persone pubbliche, sottoposti al regime di destinazione demaniale, coesistono con altri locali appropriati privatamente da altri soggetti. Se forme di giustapposizione e sovrapposizione spaziale di beni privati e demaniali sono riconosciute in giurisprudenza da lungo tempo[80], gli interventi immobiliari contemporanei richiedono un regime organizzativo sofisticato e ben definito. Già alcune tra le prime grandi operazioni d'insiemi immobiliari complessi si erano servite della tecnica della divisione in volumi per la realizzazione di opere di rinnovamento urbano conservando la proprietà pubblica e la destinazione demaniale del suolo e di una parte degli spazi utilizzati, per esempio adibiti a stazione ferroviaria; in seguito, ulteriori applicazioni si sono riscontrate nel corso del tempo anche al di fuori del campo degli insiemi immobiliari complessi, in varie situazioni di convivenza di demanio

[79] V. legge n. 662 del 23 dicembre 1996, art. 3, c. 64 e legge n. 273 del 12 dicembre 2002, art. 11.

[80] *CE, 27 mai 1964, JCP, 1964, II, 13936.*

pubblico e proprietà privata, essendo interdette altre strade che non implicassero la sdemanializzazione dei suoli.

Infatti, la giurisprudenza, pur nel silenzio dei testi, si è mostrata restrittiva nel negare ogni compatibilità di regime tra demanialità pubblica e comproprietà. I caratteri d'inalienabilità, imprescrittibilità, non sottoponibilità a esecuzione forzata e destinazione alla funzione pubblica non si prestano infatti a caratterizzare un lotto di comproprietà, nella nozione accolta dalla legge del 1965. Decisivi per contraddistinguere il regime del condominio francese sono infatti la proprietà indivisa delle parti comuni, la possibilità di procedere a esecuzione forzata del lotto in caso di non pagamento dei debiti condominiali e l'ipoteca legale a garanzia di tali debiti, nonché il potere dell'assemblea d'imporre alcuni lavori anche sulle parti privative, oltre naturalmente che su quelle comuni[81]. Al contrario, per lo svolgimento della propria missione, la persona giuridica di diritto pubblico deve essere dotata di pieni poteri per quanto riguarda la destinazione del bene e adattamenti e lavori al suo interno, senza trovarsi a dipendere da decisioni collettive prese in assemblea e vincolanti per tutti i condomini anche contrari; e il declassamento di un bene demaniale non può avvenire se non con atto espresso, nei modi e nei limiti posti dall'art. L2141-1 del Codice generale della proprietà delle persone pubbliche[82]. Tuttavia, in caso di acquisizione di lotti di comproprietà da parte di un soggetto pubblico per via di espropriazione, la giurisprudenza ha ammesso che esso acquisti la qualità di condomino ai sensi della legge del 1965[83].

[81] *CE, 11 févr. 1994, n. 109564*, che per tali ragioni esclude la demanialità di locali acquisiti dallo Stato in un immobile in comproprietà, sia pure per le esigenze di un servizio pubblico; v. anche *CAA Douai, 1re Ch., 8 juill. 2003, n. 00DA00376*. Tale prevalenza delle regole della comproprietà non si verifica in *Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n. 07-15772*, in cui si decide che un regolamento di condominio non può sottrarre alla sua destinazione un bene già appartenente al demanio pubblico e in quanto tale inalienabile e imprescrittibile, come risultante dal *cahier des charges* prima della divisione dell'immobile in lotti di comproprietà.

[82] V. Zalewski-Sicard, *Copropriété et propriété publique: une cohabitation impossible*, in *Revue des loyers*, 2013, pp. 448-449; N. Foulquier, *Copropriété et domanialité publique, les précisions de la Cour de Cassation, note sous Cass. 1re civ., 25 févr. 2009*, in *RDI*, 2009, p. 360.

[83] *Cass. 3e civ., 11 juin 1975, n. 74-12904*; *Cass. 3e civ., 11 mai 1994, n. 92-*

B. *La soluzione della divisione in volumi di proprietà esclusiva*

In ragione di tali incompatibilità, tenute ferme dai giudici francesi amministrativi e ordinari, la tecnica della divisione in volumi è apparsa sin dal suo sorgere[84] la forma giuridica più adeguata[85] per rispondere alle necessità di coesistenza ravvicinata di proprietà pubbliche (in particolare, demaniali) e private nella realizzazione di operazioni immobiliari di varia entità, anche più contenuta degli insiemi immobiliari complessi. Anzi, al di fuori di questi ultimi, comunque frequentemente promossi da soggetti pubblici o almeno comprensivi di volumi a essi attribuiti, le necessità del demanio pubblico nei contesti urbani, caratterizzati dalla rarefazione delle superfici edificabili disponibili, sono state il principale impulso pratico allo sviluppo della tecnica preconizzata da Savatier. La molteplicità di attività affidate nella società contemporanea francese a soggetti pubblici, sovente in più o meno stretto coordinamento con soggetti privati, dà luogo a situazioni di coesistenza giuridica che non di rado si traducono, quantomeno per semplicità, in assetti di coesistenza fisica in uno stesso immobile dei locali destinati alle varie e complementari attività. In tali contesti di confine, l'ibri-

11578; *Cass. 3e civ.*, *31 janv. 2007*, *n. 0612404*.

[84] R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 106-107; P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1223.

[85] Pur non senza problematiche di ordine teorico, tanto più significative per chi adotta una lettura del diritto di superficie che identifica lo stesso in misura concorrente o esclusiva come un diritto reale sul suolo altrui, in linea di principio incompatibile con l'inalienabilità che caratterizza il demanio pubblico, a meno di uno specifico intervento del legislatore o di una rimozione del vincolo di destinazione del bene che ne faccia venir meno il carattere demaniale: cfr. J.-P. Bertrel, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Droit et patrimoine*, 1994, n. 21, pp. 49 ss. Come anticipato, la soluzione all'enigma sembra in tale prospettiva potersi rinvenire in un distacco della figura della proprietà dei volumi dal diritto di superficie, che tiene fermo il carattere dualista di quest'ultimo ma ne separa concettualmente, facendone semplicemente l'oggetto di un'"ordinaria" proprietà immobiliare, il regime giuridico dei volumi di spazio oggetto di atti di autonoma disposizione giuridica: nessun diritto reale avrà allora bisogno d'insistere sul suolo demaniale per supportare l'esistenza dei volumi sovrastanti o sottostanti, oggetto di appropriazione privata, evitando molte complicazioni.

dazione operativa di tecniche proprie del diritto pubblico e del diritto privato è una conseguenza tutt'altro che sorprendente[86]. Gli istituti analizzati nelle pagine subito precedenti presentano una serie di vincoli e di limitazioni, in particolare quella temporale, che ne fanno degli strumenti adatti solo a un numero limitato di esigenze. L'organizzazione in volumi dà invece luogo a un assetto, adatto per una diversa gamma di situazioni, che non prevede un insieme di spazi privativi e spazi comuni in uno stato d'indivisione tra tutti i soggetti coinvolti, bensì l'accostamento di una serie di spazi materialmente contigui attribuiti in proprietà esclusiva ai diversi soggetti e alcuni dei quali potenzialmente soggetti a un vincolo di demanialità.

Nella pratica, una situazione di accostamento di volumi demaniali con altri appartenenti a persone private può realizzarsi tanto attraverso un acquisto, eventualmente per via di espropriazione[87], limitato ad alcuni volumi, quanto, nel caso di preesistenza di una qualificazione demaniale del suolo, attraverso lo scorporo e la cessione a proprietari privati – con gli atti di declassamento previsti dalla legge[88] – di alcuni volumi

[86] Su una graduale recezione nel corso del tempo nel diritto pubblico della nozione di diritto di superficie, che ha consentito lo sviluppo in funzione pubblicistica della tecnica della divisione in volumi, v. M.-J. Aglaé, *Division en volumes et propriété privée sur le domaine public*, in *RDI*, 1993, pp. 331 ss.

[87] *Cass. 3e civ., 20 nov. 1996, n. 95-70092*, su cui v. nota di H. Périnet-Marquet, in *JCP*, 1997, *Doctrine*, n. 4010, p. 141, I.2: "Dès lors que l'expropriation ne portait que sur le volume nécessaire à l'expropriant pour réaliser l'ouvrage reconnu d'utilité publique, l'indemnité d'expropriation fixée souverainement par le juge ne pouvait se confondre ou se déduire d'une autre indemnité d'expropriation compensant une emprise différente. Chaque tranche du sol a, en quelque sorte, sa valeur propre, indépendante du fait que son utilisation potentielle ait pu être gravement obérée par une précédente percée".

[88] Cfr. J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, p. 470: "Le déclassement en volumes, la « sortie » du volume du domaine public, suppose la réunion de conditions de fond et de forme : il est nécessaire que le bien ne soit plus affecté à l'usage direct du public ou à un service public et que la personne publique prenne un acte administratif formel de déclassement"; v. anche, criticando la necessità di un atto di rimozione del vincolo di destinazione come presupposto per la cessione di volumi sovrastanti o sottostanti lo spazio effettivamente utilizzato per lo svolgimento della funzione di pubblica utilità, Y. Gaudemet, *Ouvrage complexe et domanialité publique*, in *RDI*, 1999, p. 517: "On observe en effet une tendance à appliquer au régime de domanialité publique – et non à la seule propriété publique – la règle de l'accession de l'article 552 du

sovrastanti o sottostanti, a seguito della redazione di uno stato descrittivo della divisione; peraltro, alcuni volumi seppur privati della destinazione demaniale possono anche essere mantenuti in capo a soggetti pubblici. A seguito di tali divisioni, all'interno dei volumi non demaniali può ben stabilirsi o, se preesistente, mantenersi un ulteriore assetto di comproprietà regolato dalla legge del 1965[89]. Nel caso di alienazione di volumi alla persona giuridica di diritto pubblico sotto forma di cessione d'immobili da costruire, l'operazione non deve svolgersi in aggiramento delle disposizioni in tema di appalti pubblici[90].

Il sistema della proprietà di volumi lascia alla persona pubblica un'ampia libertà nella gestione del proprio spazio. Tuttavia, esigenze di coordinamento tra i volumi permangono anche in questo assetto e sono ordinariamente risolte con una complessa rete di servitù tra gli spazi in proprietà esclusiva. La possibilità di stabilire servitù sul demanio pubblico, precedentemente controversa[91], seppur diffusa nella prassi e in atti regolamentari delle amministrazioni adottati in sede di divisioni in volumi, è oggi pacifica nel diritto positivo, con l'articolo L2122-4 del Codice generale della proprietà delle persone pubbliche, che vincola la loro sussistenza alla compatibilità con la destinazione propria dei beni gravati. L'assetto della divisione

code civil selon laquelle le propriétaire du sol est aussi propriétaire du dessous et du dessus. […] Mais faut-il considérer que cette propriété s'établit dans les termes de la domanialité publique là même où l'affectation – qui caractérise et constitue cette dernière – n'existe pas ? Là est la confusion".

89 Cfr. *Cass. 3e civ., 20 nov. 1996, n. 95-70092*.

90 J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, pp. 507-509.

91 *Pro*: *Cass. req., 30 mai 1932, Gaz. Pal., 1932, 2, 357*; per la sopravvivenza di una servitù istituita prima del vincolo di destinazione demaniale del bene, *CE, 13 juill. 1965, n. 62621, Rec. CE, 1965, 445*; Y. Gaudemet, *Ouvrage complexe et domanialité publique*, in *RDI*, 1999, p. 521: "Le principe d'inaliénabilité a été consacré pour préserver l'affectation du domaine. M. Waline écrivait déjà *«ce qui est inaliénable, c'est l'affectation»*. Là où cessent les nécessités de l'affectation, cesse l'inaliénabilité ; et il n'y a pas lieu d'opposer ce principe aux servitudes qui respectent l'affectation domaniale ou même, parfois, y concourent. L'inaliénabilité proscrit les servitudes contraires à l'affectation, et elles seules"; dello stesso Autore, v. anche *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, in *D.*, 1978, *Chronique*, pp. 298 ss.; *contra*: *CE, 10 déc. 1954, n. 13496, Rec. CE, 1954, 658*.

dello spazio in volumi oggetto di appropriazione separata è stato anche recentemente evocato dalla dottrina – ma già dalla stessa terminologia impiegata dal legislatore – con riferimento alle cosiddette servitù introdotte nel codice dei trasporti in tema di occupazione di volumi di sottosuolo necessari alla realizzazione, allo sfruttamento e a interventi di sistemazione e manutenzione d'infrastrutture sotterranee di trasporto[92], nonché per il sorvolo, passaggio e impianto di dispositivi di sicurezza di sistemi urbani di trasporto via cavo[93]: la sostanza di tali servitù si avvicina infatti alla piena espropriazione di tutte le utilità dominicali, limitatamente agli spazi tridimensionali utili all'opera pubblica[94].

92 *Code des transports*, art. L2113-1.

93 *Code des transports*, art. L1251-3.

94 V. D. Richard, *Les nouvelles servitudes du Code des transports ou la distinction entre sujétion et propriété revisitée par le concept de volume immobilier*, in *Constr.-Urb.*, 2017, n. 1, p. 12: "En dévoilant la perte de propriété, le concept de volume immobilier sert les intérêts du propriétaire dans son rapport avec l'autorité publique, et contraint la faisabilité des projets. Pour autant, grâce au volume immobilier les servitudes administratives jouiront aussi d'un statut plus affirmé et de prérogatives plus étendues, sécurisant l'organisation des droits et obligations sur un espace donné".

Capitolo secondo

Una funzione sociale per il diritto di superficie

Sezione I. *Superficie e politiche abitative*

Nell'ordinamento francese, sotto forma di locazioni reali, utilizzi sociali del diritto di superficie in programmi pubblici volti a garantire a tutti l'effettività del diritto all'alloggio sono significativamente diffusi, con esperienze consolidatesi nel corso degli anni fino a sboccare recentemente nell'elaborazione legislativa di figure contrattuali specificamente concepite. Anche in Italia si è fatto ricorso al diritto di superficie nel quadro di politiche abitative, confermando anche ivi l'ipotesi di una certa spontanea vocazione sociale dell'istituto in discorso.

A. *Gli aspetti sociali di alcune locazioni che conferiscono un diritto reale istituite dal legislatore in Francia*

Tra gli utilizzi esaminati poche pagine addietro del *bail emphytéotique* e del *bail à construction* per opera di persone giuridiche di diritto pubblico, tanto nella versione di contratto di diritto privato quanto in quella di diritto amministrativo, già se ne sono evidenziati vari aventi una funzione – esclusiva o concorrente con altre funzioni pubbliche o private – di attuazione di politiche sociali come la destinazione di locali a finalità di culto o la realizzazione di alloggi per le classi popolari. Si prenderanno ora specificamente in considerazione alcuni schemi complessi, dalla prevalente funzione sociale nell'ambito di politiche abitative, affermatisi nel quadro delle locazioni reali precedentemente analizzate e rappresentanti uno degli utilizzi o il

solo utilizzo legislativamente consentito delle stesse. Impieghi in chiave sociale dei modelli delle locazioni superficiarie, già sperimentati e discussi dagli esperti con riferimento ad archetipi di lungo corso[1] come locazione enfiteutica e *bail à construction*, si sono infatti man mano evoluti e condensati in alcune figure specifiche.

a. Pass foncier

Il *pass foncier* non è più disponibile per nuovi utenti, ma se ne dà un rapido scorcio in quanto testimonia la molteplicità di possibili utilizzi delle locazioni superficiarie. Regolato da due convenzioni stipulate l'una il 20 dicembre 2006 e l'altra il 27 settembre 2007 (scadute con la fine dell'anno 2010) tra lo Stato, *l'Union d'Economie Sociale pour le Logement* e la *Caisse des Dépôts et Consignations*, si trattava di uno dei meccanismi contrattuali con finalità sociali predisposti al fine di finanziare da parte statale un'operazione di accesso differito alla proprietà di un fondo destinato a fungere da residenza principale di una coppia, attraverso prestiti a tasso zero caratterizzanti programmi come "Maison à 100 000 €" o "Maison à 15 € par jour": il tutto facendo gravare il costo iniziale dell'acquisto del terreno su organismi quali *Comités Interprofessionels du Logement* (che raccolgono contributi dei datori di lavoro a opere di costruzione, sottoposti all'amministrazione di rappresentanti delle principali associazioni di lavoratori e di datori di lavoro) e *Chambres de Commerce et d'Industrie*[2]. Senza addentrarsi nella disciplina dei soggetti coinvolti e delle loro intricate relazioni, si segnala molto sinteticamente che il *pass foncier* consentiva a coppie dalla bassa capacità reddituale, mai state prima proprietarie di alloggi, di

[1] B. Vorms, *Le bail emphytéotique: une voie pour aider l'accession dans les zones les plus chères?*, studio *ANIL habitat actualité*, maggio 2011, <https://www.anil.org/fileadmin/ANIL/Études/2011/bail_emphyteotique.pdf>; S. Brange, V. Deshayes, F. Roussel, G. Le Dû, *Genèse du bail réel immobilier et du bail réel solidaire: inspiration de la pratique étrangère et bilan des dispositifs existants*, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 7 ss.

[2] M. Barré-Pepin, *L'accession différée à la propriété du terrain: bail à construction et pass foncier*, in *Droit et ville*, 2009, n. 68, p. 207.

acquistare la proprietà in un primo momento di nuove abitazioni appositamente costruite e in seguito anche del suolo sottostante, ripagando gradualmente nel corso del tempo, con vantaggi fiscali[3] e sovvenzioni di collettività locali, dapprima il prezzo dell'abitazione, anticipato loro con un prestito statale, e dopo un periodo di massimo 25 anni (ma con la possibilità di una proroga del *bail à construction* fino ad altri 15 anni) quello del terreno sottostante, di cui erano titolari di un'opzione di acquisto. Per consentire operazioni di tal genere, si prevedeva che il *CIL* o *CCI* (o, più precisamente, una persona giuridica che ne era un'emanazione) comprasse il terreno consentendovi contestualmente sopra un *bail à construction*, o direttamente con la coppia beneficiaria del programma, che s'incaricava essa stessa di dare in appalto i lavori di edificazione a un'impresa, o con un costruttore con l'accordo di cessione in un secondo momento della locazione superficiaria alla coppia[4].

Proprio un dispositivo di dissociazione giuridica dell'immobile faceva dunque da sfondo all'operazione, in presenza di più accordi tra loro combinati, uno dei quali era un *bail à construction*, costitutivo di un diritto di superficie, con la particolarità che in questo caso la locazione superficiaria era inserita in uno schema "rovesciato" volto all'attribuzione finale del terreno al proprietario della costruzione, attraverso un'opzione in capo al conduttore del *bail à construction* di acquisto del fondo, secondo varie possibili modalità e scansioni temporali. Il meccanismo era piuttosto flessibile, potendo il beneficiario tanto rivendere la costruzione prima ancora di averne completato il pagamento (con limiti e conseguenze differenti secondo

[3] In particolare, un'aliquota IVA ridotta al 5,5% applicabile a una serie di operazioni rientranti nella cornice di un *pass foncier*, quali le vendite dei terreni da costruire e le cessioni del diritto reale conferito dal *bail à construction*: H. Heugas-Darraspen, *Le prêt « pass foncier », vecteur principal de l'accession sociale à la propriété dans le neuf ?*, in *RDI*, 2009, p. 388. Lo strumento di benefici fiscali per facilitare atti di concessione del diritto di superficie quando esso è costituito nel quadro di programmi edilizi volti a realizzare finalità di solidarietà sociale è conosciuto anche dal legislatore italiano: v. M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 435.

[4] C. Saint-Alary-Houin, *Les «maisons Boutin» comme «les maisons Borloo» peuvent reposer sur un bail à construction !*, in *RDI*, 2008, pp. 217-218.

se l'acquirente rientrasse nella stessa categoria sociale svantaggiata) quanto, trovandosi ad averne la possibilità, comprare anticipatamente il terreno dal *CIL* o *CCI* proprietario, anche prima dello scadere del periodo minimo di 18 anni del *bail à construction*. Garanzie di riacquisto dell'alloggio a condizioni vantaggiose e di riassegnazione di un altro alloggio erano previste per far fronte a una serie di situazioni di difficoltà della coppia[5]. Secondo una disposizione legislativa introdotta tra le regole del *bail à construction* per facilitare questo e simili progetti[6], quando la locazione anomala s'inquadra in un'operazione sociale di accesso alla proprietà immobiliare per le classi svantaggiate e il conduttore beneficiario si serve dell'opzione di acquisto del fondo, i privilegi e le ipoteche che ha costituito nel corso della locazione superficiaria non hanno fine con il venir meno del contratto, ma conservano in ogni caso i loro effetti fino alla data di estinzione originariamente convenuta, sull'intero immobile divenuto di proprietà del costituente, estendendosi a pieno titolo al terreno, di cui possono aver garantito i prestiti volti a consentire l'esercizio dell'opzione d'acquisto. Il modello del *pass foncier*, che pure ha riscontrato un successo in termini di adesioni di beneficiari, ha ricevuto da parte dei pratici del settore critiche in quanto giuridicamente troppo complesso, oltre a un meccanismo da taluni ritenuto economicamente troppo oneroso per i poteri pubblici[7].

b. Bail à réhabilitation

Il *bail à réhabilitation* s'inquadra in maniera esclusiva in un'operazione di carattere sociale, con il vantaggio per gli operatori pubblici, rispetto all'uso di altri strumenti, di dover affrontare un costo più contenuto, una ristrutturazione d'immobili già esistenti essendo in generale meno costosa di una costruzione

[5] M. Barré-Pepin, *L'accession différée à la propriété du terrain: bail à construction et pass foncier*, in *Droit et ville*, 2009, n. 68, pp. 213-214.

[6] Codice della costruzione, art. L251-6, c. 2.

[7] V. Le Rouzic, *Le bail réel solidaire: une petite révolution du droit de propriété à mettre en perspective*, in *Gaz. Pal.*, 2017, n. 30, Dossier, p. 3066.

ex novo e dell'acquisto di terreni edificabili, peraltro sottoposti a importanti speculazioni nelle zone di maggior crescita degli insediamenti umani. Gli aspetti del contratto che rispondono a interessi della collettività si manifestano in particolare in due elementi della sua disciplina: la particolare qualità dei soggetti legittimati a essere conduttori di un *bail à réhabilitation* e i soggetti e il regime che caratterizzano il concomitante rapporto di sub-locazione. Solo determinati soggetti possono infatti concludere il contratto di *bail à réhabilitation* con un proprietario d'immobile, anche se operazioni di ristrutturazione, superficiale o radicale, possono essere concordate con soggetti diversi da essi nel quadro rispettivamente di un *bail empyhtéotique* o di un *bail à construction*. In primo luogo, i soggetti legittimati sono gli organismi di abitazione a canone moderato, ovvero soggetti pubblici (gli uffici pubblici per le abitazioni) o privati (fondazioni, società anonime o società anonime cooperative), beneficiari di esoneri fiscali e di specifici aiuti statali in quanto volti a un servizio d'interesse generale consistente, tra l'altro, nella costruzione, acquisizione, miglioramento, attribuzione, gestione e cessione di alloggi da locare a soggetti di bassa capacità reddituale in cambio di canoni calmierati, nonché nella realizzazione di operazioni per l'accesso alla proprietà da parte di soggetti socialmente svantaggiati. A essi si aggiungono anche società miste pubblico-private (con prevalenza di capitali e quindi di controllo pubblici) aventi come oggetto sociale la costruzione o la locazione di alloggi, che, pur non rientrando fra gli organismi di abitazione a canone moderato, svolgono analoghe attività nel campo degli alloggi sociali. La legge prende pure in considerazione le collettività territoriali[8] e, infine, altri soggetti autorizzati, destinatari di finanziamenti pubblici, abilitati, tra l'altro, a dare in appalto lavori di ristrutturazione nel quadro di un *bail à*

[8] V. J. Hugot, *Un nouveau-né: le bail à réhabilitation*, in *JCP N*, 1990, *Doctrine*, p. 220: "Cette ouverture doit permettre aux communes, tout particulièrement en milieu rural, de contribuer, si elles le souhaitent, à une forme nouvelle de réhabilitation du patrimoine privé afin de faciliter le développement d'une offre locative à vocation sociale. Elle est justifiée par la constatation, dans certaines communes, qu'il existe des locaux anciens, privés et vacants qui ne trouvent pas preneurs parce que les propriétaires ne peuvent les réhabiliter alors que, dans le même temps, on construit des locaux neufs pour satisfaire la demande".

réhabilitation, in quanto esercitano istituzionalmente attività di servizio sociale nel settore degli alloggi[9]. Secondo la sua specifica identità, nel novero di quelle appena prese in considerazione, il conduttore può accedere a diversi tipi di sovvenzioni statali per il finanziamento dei lavori[10].

A riprova del carattere sociale della figura in analisi, è essenziale perché il *bail à réhabilitation* acquisti efficacia la stipulazione di un contratto di sub-locazione a uso abitativo di alloggio convenzionato[11], nel rispetto delle specifiche norme predisposte[12], per quanto compatibili: con l'esclusione quindi, tra l'altro, di alcune regole dettate per la durata, la riconduzione e la fine del rapporto, in quanto la sub-locazione non può superare la fine del contratto principale[13]. La circolare del 28 gennaio 1991 indica pertanto alle parti di specificare nel contratto di *bail à réhabilitation* tanto una clausola sospensiva degli effetti del contratto fino alla stipula della sub-locazione quanto un inter-

[11] A tal fine essendo il conduttore sub-locatore tenuto alla stipulazione con lo Stato (nella persona del Prefetto) di un'apposita convenzione, anch'essa con lo stesso termine finale, soggetta a pubblicità immobiliare come annesso al contratto di *bail à réhabilitation*.

[12] Come precisato dalla circolare del 1991, se il primo conduttore è un organismo di abitazione a canone moderato, alla sub-locazione da esso concessa si applicano in quanto compatibili le specifiche regole, di ulteriore favore per l'occupante in termini finanziari e di altre clausole contrattuali: v. Codice della costruzione, artt. L411 ss.; C. Mahy, *Le bail à réhabilitation*, Parigi, 2000, pp. 103 ss., nonché già R. Rouquette, *Le droit au logement: commentaire de la loi n. 90-449 du 31 mai 1990*, in *AJPI*, 1990, p. 772, non si ritrovano nell'interpretazione estensiva fatta propria dalla circolare, in quanto l'art. L. 442-10 dello stesso Codice consentirebbe l'applicazione di tali norme solo quando le abitazioni anche appartengano a tali organismi o ad altri enti pubblici, cosa che non avverrebbe quando essi siano semplicemente conduttori di un *bail à réhabilitation*: quest'ultima lettura sembra non tenere in adeguata considerazione la natura reale – riconducibile specificamente a un diritto di proprietà superficiaria – della situazione giuridica del conduttore di un tale particolare contratto di locazione.

[13] Cfr. C. Mahy, *Le bail à réhabilitation*, Parigi, 2000, p. 103; circolare n. 91-23 del 28 gennaio 1991 del *Ministre de l'Equipement, du Logement, des Transports et de la Mer*, par. 3.2.2: "Durée du contrat de location :

Elle est liée à la nature du preneur du bail à réhabilitation. Dans le cas d'un organisme d'HLM, le locataire bénéficie du droit au maintien dans les lieux pendant toute la durée de la convention.

En ce qui concerne les autres preneurs (SEM, collectivité territoriale ou organisme agréé), la règle du bail de trois ans, de sa reconduction à la seule volonté du locataire et de la substitution de plein droit du nouveau locataire en cours de période triennale à l'ancien, en cas de vacance du logement, s'applique".

vallo concesso al conduttore per addivenire a questa ulteriore locazione[14]. Il sub-conduttore, tenuto a fare dell'immobile la propria residenza principale per la durata del contratto, dovrà rientrare nei requisiti, in particolare di limitate risorse disponibili, richiesti per accedere all'aiuto personalizzato per l'alloggio, godendo conseguentemente di tale sussidio sociale per la durata del contratto. Fra i soggetti coinvolti s'instaura una complessa serie di rapporti: per esempio, il sub-conduttore risponderà delle piccole riparazioni e manutenzione dello stabile al primo conduttore, quest'ultimo rispondendone a sua volta, insieme ai lavori anche eccedenti l'ordinaria amministrazione che si rendano necessari, nei confronti del locatore: specifiche clausole possono regolare tali questioni per conseguire maggiore certezza e giustizia nella ripartizione delle rispettive responsabilità. La *Cour de Cassation* aveva deciso che il *bail à réhabilitation* non comportava di per sé novazione soggettiva delle locazioni a scopo abitativo già in corso, sicché il conduttore della locazione reale non acquistava i diritti del proprietario verso terzi conduttori, salvo specifica previsione nel contratto[15]. Per superare tale situazione dagli effetti piuttosto incerti, il legislatore, con la legge n. 2014-366 del 24 marzo 2006, ha esteso espressamente alcune disposizioni dettate per le locazioni di alloggi convenzionati. Pertanto, in particolare, quando un alloggio coinvolto è già oggetto di una locazione in corso di validità, al conduttore di tale contratto si propone una nuova locazione conforme al nuovo regime convenzionato, con entrata in vigore dopo l'esecuzione dei lavori previsti dall'accordo di *bail à réhabilitation*[16].

[14] Par. 2.2.; tale intervallo può essere eventualmente remunerato con un'indennità d'immobilizzazione: C. Mahy, *Le bail à réhabilitation*, Parigi, 2000, p. 33.

[15] *Cass. 3e civ., 8 mars 2006, n. 05-11662.*

[16] V. anche Codice della costruzione, art. L353-16: "A compter de la date d'entrée en vigueur de la convention ou de la date d'achèvement des travaux d'amélioration lorsque la convention le prévoit, le bailleur peut, dans la limite du maximum prévu par la convention, fixer un nouveau loyer qui est applicable dès sa notification aux titulaires de baux en cours ou aux bénéficiaires du droit au maintien dans les lieux sans qu'il soit nécessaire de leur donner congé.

Les modalités d'évolution du loyer sont fixées par la convention et s'appliquent aux titulaires de baux en cours ou aux bénéficiaires du droit au maintien dans les lieux.

Le montant du cautionnement versé d'avance à titre de garantie est fixé par la

Il conduttore ha sei mesi per accettare il nuovo contratto: se accetta, nel frattempo, fino all'entrata in vigore del nuovo accordo, continua a occupare i luoghi alle condizioni precedenti. Se invece rifiuta, resta in vigore il contratto già in corso, senza avere il diritto a un aiuto personalizzato all'alloggio.

In una disciplina che scandisce una serie di tappe successive nell'avvicinamento alla fine del rapporto, un anno prima dello scadere del contratto, il primo conduttore è tenuto a rammentare tanto al locatore quanto al proprio sub-conduttore le successive scadenze con i relativi effetti giuridici. A sei mesi dal termine, il proprietario può proporre direttamente al sub-conduttore un nuovo contratto di locazione, con effetto a partire dal termine del *bail à réhabilitation*[17]. Se tale nuovo contratto non è stato concluso, a tre mesi dalla scadenza il soggetto conduttore della locazione reale volta alla riabilitazione immobiliare è tenuto a proporre al sub-conduttore, purché rientri nei requisiti di bassa capacità economica fissati per decreto, la locazione di un altro alloggio corrispondente ai suoi bisogni e alle sue possibilità; il non rispetto di questo obbligo del primo conduttore non è opponibile al proprietario e non ne pregiudica il diritto (e, da parte del soggetto primo locatario, il dovere, eventualmente rafforzato dalla presenza di una clausola penale) alla restituzione dell'immobile al termine del rapporto libero da occupanti e da vincoli giuridici – siano essi per esempio delle ipoteche o, qualora il proprietario non lo desideri, il rapporto di sub-locazione. Il sub-conduttore che non abbia né concluso il contratto di locazione propostogli dal proprietario, né accettato l'offerta di ri-assegnazione di un alloggio fattagli dal primo conduttore, perde ogni titolo di occupazione dell'immobile con la scadenza del *bail à réhabilitation*.

convention, sans pouvoir excéder une somme correspondant à un mois de loyer en principal, révisable en fonction de l'évolution du loyer".

[17] Una regola è prevista anche per il caso particolare in cui il locatore sia a sua volta anche sub-conduttore, soddisfacendo i requisiti di basso reddito a tal fine richiesti: Codice della costruzione, art. L252-4, II: "Six mois avant l'expiration du bail à réhabilitation, le bailleur peut, s'il est occupant, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, informer le preneur de son intention de prolonger le bail à réhabilitation".

c. Bail réel immobilier *e* bail réel solidaire

Una parte delle regole dettate in tema di locazione reale immobiliare risente profondamente degli interessi di ordine generale presi in considerazione dal legislatore nel dare forma all'istituto, che in origine doveva trovare applicazione nelle sole zone caratterizzate da situazioni di tensione abitativa, ma il cui ambito spaziale è stato ben presto generalizzato dalla legge n. 2015-990 del 6 agosto 2015. La presenza d'interessi tutelati al di là di quelli delle parti contrattuali già si evidenzia nella sanzione di nullità prevista in caso di violazione degli elementi essenziali del contratto dettati dall'articolo L254-1 del Codice della costruzione. Le regole maggiormente improntate a esigenze proprie di politiche sociali si riscontrano in tema di locazione finale degli alloggi a nuclei familiari del ceto medio e di trasmissione del diritto reale conferito al conduttore del contratto principale: tali norme sono infatti essenziali per consentire che dell'operazione economica beneficino effettivamente i soggetti desiderati e che gli stessi siano adeguatamente informati delle clausole contrattuali a cui si stanno a loro volta obbligando. Risulta opportuno distinguere le regole applicabili alle diverse fattispecie secondo lo schema di volta in volta preso in considerazione per l'attribuzione agli abitanti degli alloggi, secondo se in forma di ulteriore locazione o di vero e proprio acquisto della proprietà temporanea.

Quando il conduttore e titolare del diritto di proprietà superficiaria su un alloggio oggetto del *bail réel immobilier* – sia questi un investitore o direttamente una persona fisica rientrante nei requisiti di reddito prescritti che, avendo precedentemente acquistato la proprietà temporanea dell'alloggio, decide di concedere lo stesso in locazione[18] – intende concedere a sua volta un'abitazione in locazione, tale ulteriore contratto di locazione deve riprodurre con caratteri ben visibili, sotto pena di nullità, le disposizioni legislative fondamentali in tema di locazione reale immobiliare, ovvero la sua definizione, completa dei caratteri essenziali dell'istituto, la presenza di vincoli alla

[18] M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, in *RDI*, 2014, p. 275.

cessione del diritto di proprietà temporanea e della posizione di conduttore nel contratto principale e di vincoli alle ulteriori locazioni concesse, nonché la specificazione del naturale estinguersi delle sub-locazioni allo scadere del contratto principale. Inoltre, in caso di locazioni abitative concesse dal primo conduttore in applicazione della legge n. 89-462 del 6 luglio 1989[19] (nonché per quelle in applicazione dei capitoli II[20] e III[21] del titolo III del libro IV del Codice della costruzione), questi è tenuto a menzionare, ben leggibile nella convenzione, la data di estinzione del *bail réel immobilier* e l'effetto di tale estinzione sull'ulteriore locazione in corso: in mancanza, il secondo conduttore potrà prolungare l'occupazione dell'alloggio per una durata di 36 mesi (12 mesi, per le locazioni concesse in applicazione dei capitoli II e III del titolo III del libro IV del Codice della costruzione) oltre la data di scadenza della locazione reale immobiliare, versando al proprietario un'indennità corrispondente all'ultimo fitto versato al primo conduttore e alle medesime condizioni di esso. Il conduttore del *bail réel immobilier* deve notificare al suo locatore, entro un mese dalla stesura di un contratto di ulteriore locazione o di cessione dei propri diritti reali, una copia dell'atto e dei suoi annessi, ovvero, in particolare, copia della documentazione fiscale sui redditi degli abitanti nel penultimo anno precedente la firma del contratto. Questi documenti possono essere richiesti dal proprietario del suolo in ogni momento: si evidenzia pertanto la funzione di tale comunicazione come forma di controllo sul rispetto dei vincoli che gravano sull'abitante dell'alloggio, le cui risorse sono prese in considerazione con riferimento esclusivo al penultimo anno prima della sottoscrizione dell'accordo di ulteriore locazione o di cessione dei diritti reali[22].

[19] Per il cui campo di applicazione, v. in part. artt. 2 e 25-3 della legge stessa.

[20] V. art. L632-1 e ss. del Codice della costruzione, concernente alloggi già ammobiliati.

[21] V. art. L633-1 e ss. del Codice della costruzione, concernente alloggi in residenze collettive.

[22] V. B. Chevreux, R. Léonetti, *Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 827, par. 1: "D'autre part, l'occupant – de même que son conjoint ou partenaire survivant (CCH, art. L. 254-7) – pourra continuer à jouir de son logement quelle que soit l'évolution ultérieure de ses

Per quanto riguarda la cessione a terzi del diritto reale sugli alloggi conferito al conduttore del *bail réel immobilier*, l'acquirente deve ricevere preventivamente dal cedente una proposta contrattuale di trasferimento dell'abitazione, irrevocabile per una durata di almeno 30 giorni dalla recezione, che menzioni chiaramente e ben leggibile il carattere temporaneo del diritto di superficie e della proprietà superficiaria da esso scaturita e la data di estinzione, riproducendo espressamente e bene in vista le disposizioni di legge concernenti il *bail réel immobilier*. L'offerta non può essere accettata dal potenziale acquirente, attraverso sottoscrizione di un contratto di compravendita o promessa di compravendita, prima di un intervallo di 10 giorni dalla ricezione della proposta: si manifesta l'intento del legislatore di assicurare all'acquirente il beneficio di una scelta quanto possibile ponderata, servendosi di strumenti che hanno trovato recenti sperimentazioni e diffusione a livello continentale per il tramite del diritto europeo del consumo. La mancata osservanza delle presenti regole è sanzionata con la nullità del contratto[23] e la prova del contenuto e dell'avvenuta notificazione della proposta grava sul cedente. A ulteriore tutela dell'acquirente, trovano applicazione – con espresso rinvio alle stesse – le regole dettate in via generale dagli articoli da L271-1 a L271-3 del Codice della costruzione, volte a proteggere gli acquirenti d'immobili, in particolare attraverso il riconoscimento agli stessi d'intervalli di ritrattazione e di riflessione, sino allo scadere dei quali nessuna somma può essere versata.

In relazione all'attribuzione degli alloggi a nuclei familiari del ceto medio, sono previsti aiuti pubblici, da parte dello Stato, di enti locali o di altre persone giuridiche, sotto varie forme, dirette o indirette, in ogni caso condizionati al rispetto di alcuni

ressources, celles-ci n'étant appréciées qu'ab initio. Ce qui permet donc d'associer le BRILO à l'idée de « parcours résidentiel » puisqu'il favorisera ainsi l'épargne de l'occupant en vue d'un investissement immobilier ultérieur".

23 Una nullità, qui come anche per il contratto di ulteriore locazione, che sembra rivolta soltanto a proteggere il cessionario o ulteriore conduttore dal mancato rispetto degli obblighi di forma posti a sua garanzia e quindi di carattere relativo, non potendo quindi essere fatta valere dal locatore del *bail réel immobilier*, neanche in presenza di violazione dei vincoli di legge imposti in ragione degli interessi sociali: cfr. M. Poumarède, *Entrée en vigueur du bail réel immobilier*, in *RDI*, 2016, pp. 547-548.

presupposti, che corrispondono ai requisiti di accesso in qualità di abitante agli alloggi realizzati nel quadro di una locazione reale immobiliare. Tali soglie, quantificabili sulla base del combinato disposto degli articoli R302-27 e R304-1 del Codice della costruzione e dell'articolo 2 terdecies D, I.2., del Codice generale delle imposte, sono differenziate secondo la composizione del nucleo familiare (persona sola o coppia, con o senza persone a carico). Come si è accennato, anche il prezzo della cessione o dell'ulteriore locazione dell'immobile all'abitante non deve superare un massimale fissato secondo il luogo, la tipologia ed, eventualmente, le modalità di finanziamento dell'operazione: si tratta di un'importante innovazione introdotta in sede di strutturazione di questa locazione reale rispetto a quelle precedenti, proprio al fine di preservarne la specifica funzione di solidarietà sociale nel campo degli alloggi[24]. Nella parte regolamentare del Codice della costruzione (art. R254-5), in considerazione del carattere temporaneo della proprietà delle abitazioni nel quadro di un *bail réel immobilier*, il limite massimo al valore economico di tale diritto reale sussistente sugli alloggi è normativamente fissato e s'impone in ogni occasione in cui il diritto, nel corso della sua esistenza, sia ceduto. Il tetto è determinato in funzione della prossimità del termine della locazione reale immobiliare e del valore locativo del bene, che si è osservato essere a sua volta calmierato[25]: su queste basi, l'articolo R254-5,

[24] V. Le Rouzic, *Le bail réel solidaire: une petite révolution du droit de propriété à mettre en perspective*, in *Gaz. Pal.*, 2017, n. 30, Dossier, p. 3066.

[25] Per una quantificazione dei massimali imposti ai canoni, differenziati conformemente alla classificazione in zone di cui agli artt. R302-29 e R304-1 del Codice della costruzione, cfr. *Code général des impôts*, ann. 3, art. 2 terdecies D, I.1. (a cui l'art. R254-5 del Codice della costruzione fa rinvio): "Les plafonds de loyer mensuel, par mètre carré, charges non comprises, sont fixés, pour les baux conclus en 2016, à 16,83 € en zone A bis, 12,50 € dans le reste de la zone A, 10,07 € en zone B 1 et 8,75 € en zone B 2. Ces plafonds sont révisés au 1er janvier de chaque année selon les modalités prévues au premier alinéa du a de l'article 2 duodecies.

Aux plafonds de loyer définis à l'alinéa précédent, il est fait application d'un coefficient multiplicateur calculé selon la formule suivante : 0,7 + 19/ S, dans laquelle S est la surface du logement. Le coefficient ainsi obtenu est arrondi à la deuxième décimale la plus proche et ne peut excéder 1,2"; si precisa di seguito, al punto III, che tali tetti massimi possono essere ridotti a un importo meno elevato, secondo condizioni e modalità specificate, qualora in applicazione del suddetto criterio non risultino sensibilmente inferiori ai canoni ivi praticati nel mercato privato.

c. 1 del Codice della costruzione enuncia la formula di calcolo del massimale di valore[26]; da tale limite restano esclusi eventuali locali che ospitino attività accessorie non abitative, il cui prezzo di cessione può essere liberamente fissato dalle parti. Le limitazioni alla trasmissione dell'alloggio in ragione delle risorse del beneficiario non sono in ogni caso applicabili nei confronti del coniuge (o partner in un patto civile di solidarietà) superstite contitolare del contratto di locazione[27] o successore *mortis causa* nella proprietà temporanea dell'alloggio, e neanche nei confronti di discendenti, ascendenti, concubini in una situazione di notorietà del rapporto e altre persone a carico purché conviventi da almeno un anno.

Le peculiarità del *bail réel solidaire* rispetto al suo immediato antecedente – rispetto a cui, in questo primissimo periodo di esistenza, sembra avere riscosso un maggiore successo[28] – risaltano in massima parte proprio analizzando gli aspetti dell'istituto maggiormente legati alla tutela della sua funzione volta a realizzare obiettivi di natura sociale abitativa. Si evidenzia ancora una volta un livello sofisticato d'ibridazione di tecniche proprie del diritto privato e della disciplina giuridica delle politiche sociali. In primo luogo, si osserva che tale locazione super-

[26] Cfr. M. Poumarède, *Entrée en vigueur du bail réel immobilier*, in *RDI*, 2016, p. 548: "Cette méthode de calcul, qui s'apparente davantage à une régulation du prix de cession qu'à sa véritable fixation, devrait permettre dans une certaine mesure de prendre en considération l'évolution des prix du marché. Cette prise en compte permettra d'atténuer le nécessaire amoindrissement du prix par l'écoulement du temps et pourrait permettre, en début de bail, aux acquéreurs d'espérer une plus-value lors de la revente. Il est néanmoins constant que plus l'on se rapprochera du terme du bail, plus la valeur de cession des droits réels se rapprochera de la valeur locative".

[27] Cfr. art. 1751 del *Code civil*: "Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité. […]

En cas de décès d'un des époux ou d'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le conjoint ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité survivant cotitulaire du bail dispose d'un droit exclusif sur celui-ci sauf s'il y renonce expressément".

[28] C. Sardot, A. Teitgen, *Le bail réel solidaire, un outil de mixité sociale*, in *JCP N*, 2018, *Immobilier*, n. 1141.

ficiaria può essere concessa soltanto da un *organisme de foncier solidaire*: si tratta di enti, appositamente creati con la legge n. 2014-366 del 24 marzo 2014 e identificati all'articolo L329-1 del Codice dell'urbanistica[29] come organismi senza scopo di lucro (per esempio, sotto forma di fondazione o di associazione), istituiti con l'approvazione del rappresentante dello Stato nella regione, che, come unica attività o parte della propria attività, hanno per oggetto di acquistare e gestire dei terreni, già costruiti o ancora da edificare, in vista di realizzarvi alloggi e relative strutture di uso collettivo[30], nel quadro di politiche abitative volte a garantire a tutti l'accesso a un alloggio decente e un buon livello d'integrazione sociale, con l'erogazione di aiuti per permettere la realizzazione di tali diritti in favore di persone o famiglie in difficoltà economiche[31]. L'*organisme de foncier solidaire* resta proprietario dei terreni e consente locazioni reali di lunga durata, eventualmente con l'obbligo del conduttore di costruire o restaurare costruzioni esistenti, in vista dell'ulteriore locazione o dell'accesso alla proprietà degli alloggi, a uso di abitazione principale o misto professionale e di abitazione principale, nel rispetto di tetti massimi di disponibilità di risorse degli occupanti, di canone e di prezzo di cessione. In considerazione della sua funzione d'interesse generale per la realizza-

[29] V. anche artt. R329-1 ss., nella parte regolamentare dello stesso Codice. Cfr. V. Le Rouzic, *L'organisme de foncier solidaire, un nouvel acteur*, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 39-41.

[30] Il rappresentante dello Stato nella regione può in ogni caso autorizzare allo svolgimento di tali attività anche certi organismi già esistenti.

[31] Cfr. Codice della costruzione e dell'abitazione, art. L301-1: "I. – La politique d'aide au logement a pour objet de favoriser la satisfaction des besoins de logements, de promouvoir la décence du logement, la qualité de l'habitat, l'habitat durable et l'accessibilité aux personnes handicapées, d'améliorer l'habitat existant, de favoriser la rénovation énergétique des bâtiments et de prendre en charge une partie des dépenses de logement en tenant compte de la situation de famille et des ressources des occupants. Elle doit tendre à favoriser une offre de logements qui, par son importance, son insertion urbaine, sa diversité de statut d'occupation et de répartition spatiale, soit de nature à assurer la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation.

II. – Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir".

zione di programmi nel campo degli alloggi sociali, l'organismo può beneficiare della possibilità di acquisto di terreni dello Stato (non appartenenti al demanio pubblico) a un prezzo inferiore al valore venale, quale prevista dall'articolo L3211-7 del Codice generale della proprietà delle persone pubbliche.

Una serie d'incentivi sono stati introdotti nella legislazione fiscale[32]: se da un lato nella locazione reale solidale (come anche nella locazione reale immobiliare[33]) il trasferimento del diritto di natura reale del conduttore o di quello del proprietario del fondo è soggetto alle regole dettate in materia di trasferimenti d'immobili, dall'altro lato il *bail réel solidaire* è esonerato dalla tassa di pubblicità fondiaria, al pari del *bail à construction*[34]; per di più, la tassa fondiaria – che, come anche accade per la locazione enfiteutica, il *bail à construction*, il *bail à réhabilitation* e l'autorizzazione di occupazione temporanea del demanio pubblico costitutiva di un diritto reale, grava sul conduttore – sulle proprietà su cui si sono costruiti gli alloggi oggetto del contratto può essere ridotta per il 30% della base imponibile dalle collettività territoriali o enti pubblici di cooperazione intercomunale con fiscalità propria[35]; e ancora, al pari di altre operazioni relative agli alloggi sociali, le vendite di terreni da

[32] Peraltro, come osserva F. Roussel, *Nouveau bail notarié: voici le bail réel solidaire*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 925, par. 2: "Le régime fiscal de l'acquisition par un OFS du foncier (bâti ou non) devra être adapté à son caractère social. Il en sera de même de l'acquisition par le bénéficiaire éligible au dispositif. Ainsi notamment du taux de TVA, de la taxe foncière, etc. À défaut d'une fiscalité attractive, ce dispositif ne pourra en effet prospérer. Le coût de ces mesures représentera désormais non plus une dépense publique, mais un investissement public"; v. anche P. Loiseaux, *Réflexions sur le régime fiscal des organismes fonciers solidaires et des baux réels solidaires*, in *AJDI*, 2016, pp. 746 ss.

[33] Sul cui regime fiscale v. in dettaglio M. Poumarède, *Le bail réel immobilier: aspects civils et fiscaux*, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 12 ss.

[34] V. *Code général des impôts*, artt. 1378 ter e 743, 5o; *Régime des baux réels solidaires au regard des droits d'enregistrement*, in *JCP N*, 2017, *Dossier fiscal*, n. 1056: "Ainsi, dans le schéma d'accession à la propriété *via* un BRS prévu par l'article L. 255-3 du Code de la construction et de l'habitation, seule la cession des droits réels immobiliers attachés au logement […] par le constructeur au bénéficiaire du logement sera taxable".

[35] V. *Code général des impôts*, artt. 1400, II. e 1388 *octies*; *Désignation du redevable de la taxe foncière en cas de bail réel solidaire et institution d'un abattement facultatif de 30 %*, in *JCP N*, 2017, *Dossier fiscal*, n. 1084.

costruire (o di nuovi alloggi già costruiti) agli organismi in vista della stipulazione di un *bail réel solidaire* e le cessioni dei diritti reali relativi agli alloggi costruiti o ristrutturati nel quadro del contratto sono sottoposti alla tassa sul valore aggiunto con un'aliquota ridotta al 5,5%[36].

Una particolare disciplina si riscontra poi in tema di trasmissione del diritto reale immobiliare, i cui vincoli alla circolazione sono sottoposti a forme di controllo da parte del locatore e proprietario del suolo più rigorose rispetto al *bail réel immobilier*[37]; d'altronde, una volta avvenuto il trasferimento, il cessionario si ritrova titolare di una situazione di maggiore consistenza economica e giuridica, di più lunga durata, a causa della peculiarità del carattere ricaricabile del diritto in occasione di ogni cessione. Dunque, per ogni progetto di cessione o donazione del diritto reale, di natura superficiaria, relativo al bene oggetto del *bail réel solidaire*, l'acquirente o donatario riceve preventivamente, da parte del suo cedente o donante, una proposta di cessione, con espressa menzione del carattere temporaneo del diritto reale, la sua data di estinzione e la nuova durata della locazione reale solidale in presenza del consenso alla trasmissione dell'organismo locatore, le condizioni di rilascio di tale consenso e le modalità di calcolo del prezzo di vendita o del valore del bene donato, quali previste dal contratto di *BRI*. L'offerta deve anche riprodurre le disposizioni legislative in tema di trasmissione e deve essere mantenuta e non può essere accettata per periodi di tempo analoghi a quelli visti poco sopra; l'acquirente beneficia inoltre della tutela generale prevista per chi acquista beni immobili dagli articoli L271-1 e L271-2 del Codice

[36] V. *Code général des impôts*, artt. 278 sexies, I.13. e 284, II.; *Application du taux de TVA de 5,5 % aux livraisons de biens construits sous bail réel solidaire*, in *JCP N*, 2017, *Dossier fiscal*, n. 1080; v. anche P. Loiseaux, *Réflexions sur le régime fiscal des organismes fonciers solidaires et des baux réels solidaires*, in *AJDI*, 2016, pp. 748 ss.; N. Gonzalez-Gharbi, *Une ébauche de régime fiscal pour le bail réel solidaire*, in *Constr.-Urb.*, 2017, n. 1, pp. 37-38; F. Roussel, G. Le Dû, *La pratique du bail réel solidaire*, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 23 ss.

[37] Per una critica di questa scelta del legislatore, oltre che, più in generale, della scelta di dar vita a un nuovo contratto piuttosto che adattare figure già esistenti, cfr. V. Zalewski-Sicard, *Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins*, in *Constr.-Urb.*, 2016, n. 10, pp. 9 ss.; v. anche C. Coutant-Lapalus, *Le bail réel solidaire*, in *JCP N*, 2018, *Immobilier*, n. 1217.

della costruzione. Il cedente o donante è poi tenuto a informare l'organismo della propria intenzione di alienare il diritto reale attribuitogli dalla locazione anomala, entro trenta giorni dalla ricezione dell'accettazione dell'offerta, e a sollecitare il consenso dell'organismo stesso all'acquirente o donatario, allegandovi la proposta e i documenti che permettono di determinare la rispondenza ai requisiti dell'acquirente o donatario, oltre al dossier di diagnostica tecnica di cui all'articolo L271-4 del Codice della costruzione e dell'abitazione. La vendita o donazione è infatti subordinata a tale consenso, che l'organismo deve dare entro due mesi da quando gli viene trasmessa l'offerta, sulla base della verifica del rispetto dei requisiti necessari da parte dell'avente causa, della conformità dell'offerta con le stipulazioni del contratto in vigore, con particolare riferimento alle modalità di calcolo del prezzo di vendita o della stima del valore del diritto reale, nonché della congruità dell'eventuale piano di finanziamento dell'acquisto. In caso di mancato rispetto di tali regole, la vendita o donazione è nulla; la prova del contenuto e dell'avvenuta notificazione della proposta grava sul cedente o donante. Una volta dato l'assenso del locatore, la durata del contratto di locazione reale solidale è di diritto prorogata in modo da permettere a ogni nuovo conduttore di beneficiare di un diritto reale di durata pari a quella prevista nel contratto iniziale. In caso invece di rifiuto dell'assenso, il cedente può domandare all'organismo di proporgli un acquirente che risponda ai requisiti legali, con un prezzo di vendita quale determinato dal contratto di *bail réel solidaire*. Qualora l'organismo, entro i sei mesi successivi alla domanda del cedente, non sia in grado di proporre un acquirente, o in caso di rifiuto dell'assenso alla donazione, il contratto di locazione reale solidale può essere risolto convenzionalmente, con indennizzo al conduttore del valore del diritto reale alle condizioni contrattualmente previste; il conduttore è così in ogni caso tutelato[38]. L'*organisme de foncier solidaire* beneficia

[38] V. M. Poumarède, *Le bail réel solidaire*, in *RDI*, 2016, p. 545; B. Wertenschlag, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, in *AJDI*, 2016, p. 743: "l'opération, que la loi nomme cession, ressemble plus, en réalité, à l'exercice par l'opérateur d'un droit de présentation qu'à une véritable cession. En effet, la cession de droits a, en principe, pour effet de placer le cessionnaire dans la situation juridique

infine di un diritto di preferenza in occasione di ogni cessione o donazione, che deve essere menzionato nel contratto di *bail réel solidaire*: esso può allora riscattare il diritto reale o farlo acquistare da un differente beneficiario conforme ai requisiti di risorse. L'organismo deve rendere nota la propria decisione di esercitare il diritto di preferenza entro due mesi da quando gli è stata trasmessa l'offerta, con proroga di un mese nel caso esso abbia rifiutato di concedere il consenso. Il conduttore è anche in questo caso indennizzato.

Diverse sono le conseguenze giuridiche del decesso del conduttore: allora, il diritto reale attribuitogli dal contratto sarà trasferito al suo avente causa, che in virtù di una proroga di diritto potrà godere di una locazione di durata identica a quella prevista nel contratto iniziale, se risponde ai requisiti legali, che non sono opponibili soltanto al coniuge superstite, quale che fosse il regime matrimoniale, o al partner in un patto civile di solidarietà. Se l'avente causa non soddisfa invece i requisiti, egli dispone di un termine di dodici mesi (prorogabile dall'organismo per una durata corrispondente al tempo necessario alla regolarizzazione con atto notarile della cessione del diritto) dal decesso per cedere il diritto reale a un acquirente che risponda alle condizioni, con il consenso dell'organismo. In mancanza di cessione entro il termine, il contratto è risolto e l'avente causa è indennizzato dall'organismo del valore del diritto reale, alle condizioni previste dal contratto. Il meccanismo della rigenerazione del diritto reale all'occasione di ogni suo trasferimento, che si è visto operare tanto in caso di successione *mortis causa* che di trasferimento per atto tra vivi, costituisce un elemento cruciale dell'operazione che l'istituto giuridico della locazione reale solidale mette in atto, differenziandola dal suo immediato antecedente in virtù di un mantenimento nel corso del tempo, di passaggio in passaggio, del valore iniziale del diritto conferito, consentendo la formazione a vantaggio di famiglie di modesta condizione sociale di un patrimonio immobiliare, che esse

du cédant […]. Or la signature d'un nouveau bail réel solidaire entre la famille et l'organisme de foncier solidaire, dans la foulée de la cession, frappe le bail cédé de résiliation".

possono anche monetarizzare alienandolo, pur nel rispetto dei massimali di prezzo imposti nell'interesse del nucleo familiare sub-acquirente, anch'esso appartenente a fasce sociali svantaggiate[39].

Infine, nel caso di ulteriore locazione dell'alloggio, l'originario conduttore della locazione reale solidale deve specificare nel contratto di locazione che concede, bene in evidenza, la data di estinzione del *bail réel solidaire* e l'effetto di tale estinzione sull'ulteriore locazione. Nell'assenza di una tale menzione, il sub-conduttore ha il diritto di proseguire la propria occupazione oltre la data di espirazione del contratto originario, alle condizioni e con i termini che già si sono visti per il *bail réel immobilier*.

d. *Raffronto con il* community land trust *di* common law

La descrizione degli ultimi due schemi di locazione reale in Francia porta a riprendere ancora una volta il filone tematico della comparazione tra il modello di proprietà francese e quelli di *common law*. Non può infatti ignorarsi come il *bail réel immobilier* e tanto più, con l'istituzione anche degli *organismes de foncier solidaire*, il *bail réel solidaire* siano stati gli strumenti tecnici attraverso cui si è recepito in Francia il meccanismo del *community land trust*[40]. Come accennato, in termini generali, in Inghilterra lo strumento del *trust* immobiliare ha assunto un ruolo ulteriormente essenziale in seguito alla legislazione del 1925, in virtù della quale situazioni giuridiche, simultaneamente esistenti e incardinate sulla successione consecutiva nel tempo della realizzazione d'interessi di natura proprietaria (diritti al

[39] M. Poumarède, *Le bail réel solidaire*, in *RDI*, 2016, pp. 545-546.

[40] B. Mallet-Bricout, *Baux réels et solidarité*, in *RTD civ.*, 2016, p. 944; M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, in *RDI*, 2014, pp. 265 ss.; B. Wertenschlag, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, in *AJDI*, 2016, pp. 740 ss.; J. Picard, *Le bail réel solidaire: la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable*, in *Petites affiches*, 2016, n. 233, p. 13; S. Brange, V. Deshayes, F. Roussel, G. Le Dû, *Genèse du bail réel immobilier et du bail réel solidaire: inspiration de la pratique étrangère et bilan des dispositifs existants*, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 7 ss.; v. anche M. Uhry, *Nouvelles voies pour le logement social: que cent fleurs s'épanouissent!*, in *L'économie politique*, 2015, n. 65, pp. 59 ss.

possesso) di soggetti diversi su una stessa cosa, quali possono essere un *life estate*, un *fee tail* o un *interest in remainder* non esistono più come *legal estates*, ma possono tuttora essere conferite, mantenendo un riconoscimento giuridico e una tutela da parte dell'ordinamento, soltanto in via di *equity*, attraverso la costituzione di *trusts*[41]. L'importanza del *trust*[42] è in ogni caso un connotato fondamentale comune di tutto il sistema di *common law* (e importante anche in modelli di diritto misto, come quello scozzese), con una tale diffusione e frequenza di utilizzo che anche molti Paesi di *civil law* hanno ratificato la Convenzione dell'Aja del primo luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento[43], oppure hanno adottato altri strumenti di diritto interno volti ad adattare il proprio ordinamento alla recezione quantomeno parziale di tale figura di *common law*[44].

[41] M.P. Thompson, *Modern Land Law*, IV ed., Oxford, 2009, 249-250; nella legislazione inglese attualmente vigente, i *trusts of land* sono in generale definiti nella sez. 1, sottosez. (1)(a) della *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* del 1996 come "any trust of property which consists of or includes land".

[42] Nell'amplissima letteratura comparatistica sul tema, v. M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001; M. Graziadei, U. Mattei, L. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law (The Common Core of Europen Private Law)*, Cambridge, 2005.

[43] V. per l'Italia legge di ratifica ed esecuzione del 16 ottobre 1989, n. 364; sulle esitazioni della Francia nel procedere alla ratifica, cfr. risposta del *Ministère de la justice* all'interrogazione scritta del senatore François Grosdidier, *JO Sénat*, 05/05/2016, p. 1905: "la fiducie française devrait bénéficier de la reconnaissance prévue par la convention de La Haye au profit du trust et des institutions qui lui sont apparentées. La décision de ratifier la convention de La Haye nécessite une réflexion approfondie. En effet, les trusts constitués à l'étranger devant alors être reconnus en droit interne, il convient de s'assurer que cela n'aboutira pas à une reconnaissance sans réserve, en France, de trusts de droit étranger qui ne seraient pas soumis aux mêmes règles – notamment de transparence, de lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et le blanchiment – que celles imposées à la fiducie de droit français, dans des conditions qui viendraient concurrencer cette institution".

[44] V. in part. in Francia legge n. 2007-211 del 19 febbraio 2007 "instituant la fiducie": quest'ultimo istituto – ammesso, in particolare, a fini di gestione patrimoniale o di garanzia, ma non di liberalità – è oggi definito dall'art. 2011 del *Code Civil* come "l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires"; v. anche legge n. 2008-776 del 4 agosto 2008 e *ordonnance* n. 2009-112 del 30 gennaio 2009.

Più specificamente, il *community land trust* è un meccanismo le cui radici ideali possono essere rinvenute in dottrine filosofiche ed esperienze comunitarie anche molto antiche[45], ma concretamente teorizzato e poi messo in pratica negli Stati Uniti d'America a partire dalla fine degli anni sessanta-inizio anni settanta, in stretta connessione con l'elaborazione teorica e con il protagonismo che in quell'epoca assumevano vari movimenti sociali. L'impianto teorico e le tecniche di sua realizzazione, dapprima per dare un nuovo assetto allo sfruttamento di terreni agrari, poi soprattutto per far fronte a difficoltà abitative, si sono raffinate nel corso del tempo e, mentre il modello iniziava progressivamente a riscuotere successo, esso era variamente recepito e importato, quantomeno nei suoi caratteri economici e giuridici essenziali, in molti Paesi prima di *common law* e poi anche di *civil law*: talvolta su impulso delle pubbliche autorità, più spesso attraverso esperienze partecipative di gruppi di cittadini, dapprima servendosi degli strumenti di diritto già esistenti nel proprio ordinamento e poi via via sollecitando le autorità a un più puntuale adattamento di tali strumenti alle specifiche esigenze. Negli Stati Uniti, il fenomeno è ormai piuttosto diffuso, riconosciuto in leggi[46] e altri atti normativi e destinatario d'importanti somme di finanziamento pubblico e di donatori privati, dando luogo a una rete di coordinamento ramificata, che ha saputo ben resistere alla crisi dei *subprime* dimostrando l'affidabilità e la solidità del meccanismo e ricevendo nuovo impulso da tale successo, al punto di spingere varie autorità locali a promuoverne esse stesse la costituzione, cedendovi parte del proprio patrimonio immobiliare[47]. La recezione del *community land trust* nel Regno Unito ha costituito un successo e anche lì si

[45] Cfr. J.E. Davis, *The Community Land Trust Reader*, Cambridge (Massachusetts), 2010, pp. 3 ss.

[46] V. *Housing and Community Development Act, 1992, H.R.5334, Sec. 213, Sec. 702*.

[47] Cfr. A. Vercellone, Urban commons *e modelli di governo*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, p. 181: "L'attenzione delle amministrazioni si concentra soprattutto sull'attitudine strutturale del modello a creare un effetto "*lock-in*" dell'investimento iniziale e a generare flussi di cassa che possono essere destinati alla cura del territorio senza che sia necessario reperire risorse aggiuntive".

è costituita una rete significativa[48], imponendo una certa regolamentazione da parte del legislatore[49].

L'assetto cui dà luogo il *community land trust* rappresenta un'alternativa a quello, maggioritario in Occidente, fondato sull'appropriazione privata dei suoli, rurali o urbani, di cui il ceto dei proprietari fondiari beneficia monopolisticamente, godendo di una rendita di posizione nei confronti tanto d'imprenditori che hanno bisogno dei suoli per impiantarvi sopra i propri stabilimenti produttivi e commerciali, quanto di persone alla ricerca di alloggi da abitare per le proprie esigenze di vita; secondo gli ideatori del *CLT*, a differenza delle opere che vi vengono realizzate sopra, il suolo, elemento naturale di quantità finita, non certo frutto del lavoro umano, può assimilarsi piuttosto all'atmosfera, ai corsi d'acqua, ai mari, ecc. e non deve quindi poter essere oggetto di diritti di appropriazione individuale, bensì sottratto stabilmente al mercato[50]. Per scardinare l'assetto vigente, criticato da molte dottrine sociali, il *commu-*

[48] V. C. Harrington, R. Seagrief (a cura di), *The Community Land Trust Handbook*, Londra, 2012; F. Bettini, *Long Leases and Affordable Housing: A Comparative Analysis of French and English Law*, in B. McFarlane, S. Agnew (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, vol. 10, Oxford, Portland, 2019, pp. 228 ss.

[49] V. in particolare *Housing and Regeneration Act*, 2008, chapter 17, n. 79, (2)-(5): ""community land trust" means a body corporate which satisfies the conditions below.

In those conditions "local community" means the individuals who live or work, or want to live or work, in a specified area.

Condition 1 is that the body is established for the express purpose of furthering the social, economic and environmental interests of a local community by acquiring and managing land and other assets in order

(a) to provide a benefit to the local community, and

(b) to ensure that the assets are not sold or developed except in a manner which the trust's members think benefits the local community.

Condition 2 is that the body is established under arrangements which are expressly designed to ensure that

(a) any profits from its activities will be used to benefit the local community (otherwise than by being paid directly to members),

(b) individuals who live or work in the specified area have the opportunity to become members of the trust (whether or not others can also become members), and

(c) the members of the trust control it".

[50] V. A. Vercellone, Urban commons *e modelli di governo*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, pp. 173-175; J.-P. Attard, *Un logement foncièrement solidaire: le modèle des community land trusts*, in *Mouvements*, 2013/2, n. 74, p. 147.

nity land trust utilizza strutture giuridiche spesso senza fini di lucro, dirette a permettere l'accesso alla proprietà degli alloggi a persone con redditi limitati, attraverso la dissociazione della proprietà (e della spesa economica del relativo acquisto) del suolo – reso inalienabile e legato così stabilmente al disegno istituzionale dell'organizzazione – da quella della costruzione realizzatavi sopra[51]. Proprio tale dissociazione, che scorpora la circolazione economica e giuridica della costruzione da quella del suolo, a beneficio degli acquirenti, permette a questi ultimi di accedere alla proprietà degli alloggi a un prezzo assai inferiore a quello di mercato. Nella concezione alla base di questo sistema, l'istanza di garantire a un prezzo accessibile alloggi – che l'organizzazione realizza acquistando o ricevendo in donazione suoli da conservare permanentemente sottraendoli in via definitiva alle logiche del mercato – marcia alla pari con quella di un maggiore controllo democratico delle comunità locali interessate, nell'intento d'introdurre una visione innovativa, in senso solidaristico e umanistico, tanto sul piano della distribuzione della proprietà immobiliare, quanto su quello della sua gestione e amministrazione[52]. L'idea di *trust*, di cui si è osservata l'importanza nella cultura giuridica di *common law*, è ripresa *lato sensu* e in chiave comunitaria, come detenzione, amministrazione e gestione fiduciaria del bene suolo in perpetuo nell'interesse di una comunità di persone[53]. In effetti, l'organo di gestione del *community land trust* non gode

[51] Cfr. R. S. Swann *et alii*, *The Community Land Trust. A Guide to a New Model for Land Tenure in America*, Cambridge (USA), 1972, p. 2: "the community land trust distinguishes between land with its natural resources and the human improvements thereon, often called property externalities. The land is held in trust, not the improvements. Homes, stores, and industrial enterprises created by the residents will be owned by them, either cooperatively or individually".

[52] A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, pp. 376-379.

[53] Cfr. R. S. Swann *et alii*, *The Community Land Trust. A Guide to a New Model for Land Tenure in America*, Cambridge (USA), 1972, pp. 1-2; J.-P. Attard, *Un logement foncièrement solidaire: le modèle des community land trusts*, in *Mouvements*, 2013/2, n. 74, pp. 147-148: "Notons que lorsqu'ils mobilisent cette notion, les rédacteurs du *Guide* ne font référence à aucun outil juridique existant. Le *trust* ne renvoie pas à une forme spécifique de société, ni ne donne lieu à la conclusion de contrats qui lui seraient propres (le CLT dispose d'un titre de propriété classique

della piena disponibilità del bene. La posizione del *CLT* rispetto al suolo che ha in proprietà è, infatti, quella di un *trustee*, nell'ambito di un *trust* costituito a beneficio dei suoi abitanti, delle comunità locali e delle generazioni future. Il *CLT* deve, dunque, disporre del bene come amministratore fiduciario per il perseguimento dei fini del *trust* e nell'esclusivo interesse dei soggetti beneficiari. Il *deed of trust* (e, cioè, l'atto costitutivo del vincolo fiduciario) e i *bylaws* dell'ente *no profit*, impongono poi al *CLT* una serie di ulteriori e più precisi limiti dispositivi, primo tra tutti il divieto perpetuo di alienazione di tutti i cespiti costitutivi del *trust*[54].

L'organizzazione del *community land trust* è stata spiegata dai suoi primi teorici come

a legal entity, a quasi-public body, chartered to hold land in stewardship for all mankind present and future while protecting the legitimate use-rights of its residents. The community land trust is *not* primarily concerned with *common ownership*. Rather, concern is for *ownership for the common good*, which may or may not be combined with common ownership[55].

Pur riscontrandosi modelli specifici assai differenziati secondo la legge e la situazione economica del luogo e la volontà dei fondatori, sono stati individuati in generale alcuni elementi caratteristici: la separazione tra la titolarità dei suoli, che possono anche essere conferiti a una persona giuridica come una società di diritto privato[56], e quella delle sovrastanti costru-

sur le sol et met ce dernier à disposition via une forme ordinaire de bail foncier, le *term of years*). Le recours au terme de *trust* exprime plutôt la tentative de restaurer une certaine approche du rapport des hommes à la terre restée dans l'ombre de la conception romaine de la propriété dont le trait caractéristique est l'exclusivité. Expression de ce que pourrait être la propriété une fois celle-ci mise «au service du bien commun», détenir le patrimoine en *trust* signifie en être le dépositaire perpétuel et se porter garant de son allocation dans le sens de l'intérêt général. L'instauration de la relation de *trust* suppose donc une dissociation de la propriété et une concession d'usage du sol".

[54] A. Vercellone, Urban commons *e modelli di governo*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, p. 176.

[55] R.S. Swann *et alii*, *The Community Land Trust. A Guide to a New Model for Land Tenure in America*, Cambridge (USA), 1972, p. 1.

[56] Cfr. R. S. Swann *et alii*, *The Community Land Trust. A Guide to a New Model for Land Tenure in America*, Cambridge (USA), 1972, p. 30: "The choice of legal entity must be made early in the process of setting up a new organisation. Should the community land trust be established as a legal trust or as a corporation? And in the case of corporation, should it be nominally for-profit or non-profit? Nonprofit status has a number of major advantages, especially in the area of fundraising and taxation.

zioni, attribuite ai privati beneficiari dell'operazione, creando alloggi resi durevolmente accessibili a loro vantaggio; restrizioni alla possibilità di rivendita degli alloggi (e tendenziale esclusione della rivendita dei suoli) e stringente conformazione dei titoli di appartenenza su di essi dei beneficiari; gestione democratica e partecipativa dei processi decisionali di amministrazione e gestione del patrimonio immobiliare[57]; uno stretto legame con il tessuto territoriale circostante, nell'ottica di una piena integrazione della comunità locale, che i suoi membri siano o meno locatari dell'organizzazione; spesso eterogeneità sociale degli abitanti ed eterogeneità delle funzioni (alloggi, infrastrutture di utilizzo collettivo, piccole attività d'impresa sociale e di commercio solidale, iniziative culturali e associative, ecc.) a cui

The decision will also have to be weighed within the context of the laws of the state in which the organisation will be chartered"; v. anche C. Harrington, R. Seagrief (a cura di), *The Community Land Trust Handbook*, Londra, 2012, parr. 4.2, 4.3; F. Bettini, *Long Leases and Affordable Housing: A Comparative Analysis of French and English Law*, in B. McFarlane, S. Agnew (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, vol. 10, Oxford, Portland, 2019, p. 229: "the definition does not indicate a specific type of corporate body, with the consequence that any prospective CLT will have to choose a legal format that meets the requirements laid down in the definition quoted above. As the National CLT Network indicates, the most suitable legal formats to set up a CLT in England are a Community Benefit Society, a Community Interest Company Limited by Guarantee, and a Company Limited by Guarantee which is also a registered charity. In any case, all these legal structures are membership-based corporate bodies, which allow individuals who live or work in a defined geographical area to become members and take part in the management and control of the asset, as the definition specifies. Moreover, unlike the US definition, the English one does not refer explicitly to housing affordability and does not identify the lease as the legal mechanism through which this goal should be achieved. Despite this, English CLTs generally set housing affordability as their primary goal and the lease is considered a useful legal device to achieve that goal".

57 Cfr. J.-P. Attard, *Un logement foncièrement solidaire: le modèle des community land trusts*, in *Mouvements*, 2013/2, n. 74, p. 146: "en matière de gouvernance le CLT favorise la participation des résidents au développement de ses activités, en leur conférant le statut de membre. Quiconque résidant sur le territoire de compétence du CLT, locataire ou non de son foncier, peut en être membre. Les membres élisent les personnes siégeant au conseil d'administration, à l'exception des représentants officiels qui sont nommés par la municipalité. Les membres peuvent être occasionnellement appelés à voter sur certaines questions relatives à l'organisation ou à la stratégie générale du CLT"; alla qualità di membro, che dà diritto al voto in assemblea, possono pertanto solitamente accedere anche altri soggetti attivi nella comunità o residenti nel territorio, in una logica di *open membership*: v. A. Vercellone, Urban commons *e modelli di governo*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, p. 179.

sono adibiti gli spazi che insistono sul suolo comunitario[58]. Il *ground lease* si palesa come uno strumento versatile per realizzare tale separazione della titolarità del suolo da quella delle costruzioni[59]: una locazione di lunghissimo periodo, come quelle da cui hanno tratto origine gli istituti continentali dell'enfiteusi e della superficie e rispetto a cui realizza una funzione assai prossima di assegnazione temporanea a soggetti diversi delle diverse utilità proprietarie di un fondo, con l'attribuzione a ciascuno di una serie di diritti e di obblighi (per esempio, per gli abitanti oneri di effettivo utilizzo dell'immobile per le esigenze abitative proprie e della propria famiglia, di manutenzione ordinaria dello stesso e di cura dello spazio circostante, ecc.[60]). Trattenendo il titolo di appartenenza sul suolo, il soggetto che gestisce il *community land trust* nella maggior parte dei casi[61] cede allora temporaneamente a un prezzo calmierato quello sulle costruzioni e altri miglioramenti, realizzati o da realizzare, di cui si trovano investiti beneficiari individuati secondo determinati criteri sociali[62], a cui conferisce anche un diritto di loca-

[58] N. Bernard, G. de Pauw, L. Géronnec, *Coopératives de logement et Community Land Trusts*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2010, n. 28 (n. 2073), par. 3.2.1.

[59] A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, p. 377; A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, pp. 922 ss.

[60] A. Vercellone, Urban commons *e modelli di governo*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, p. 177.

[61] V. F. Bettini, *Long Leases and Affordable Housing: A Comparative Analysis of French and English Law*, in B. McFarlane, S. Agnew (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, vol. 10, Oxford, Portland, 2019, p. 226: "Normally, CLTs vest in the homeowner a leasehold interest in the land through long-term ground leases (usually 99-years long). However, as the definition suggests, the interest is accompanied by or includes deeded ownership of the house (and other improvements), which can be transferred independently from the land. Although this legal arrangement would be the most desirable, in some US jurisdictions CLTs have been advised 'to use a lease that does not recognize separate, deeded ownership of the improvements, but does provide for the purchase of a long-term leasehold interest in the entire property (both land and improvements)'".

[62] Cfr. J.-P. Attard, *Un logement foncièrement solidaire: le modèle des community land trusts*, in *Mouvements*, 2013/2, n. 74, p. 145: "Sur un territoire d'action de taille variable (allant de l'échelle infra municipale à l'échelle régionale) le CLT a vocation à acquérir des parcelles, contigües ou non, à les aménager lui-même ou à les faire

zione di lunghissimo periodo sul suolo, rinnovabile e trasferibile *mortis causa* e cedibile tra vivi, riservandosi però un diritto di prelazione a costo fisso (il prezzo di acquisto originale corretto secondo l'inflazione ed eventuali migliorie e deprezzamenti) su quanto ceduto in proprietà temporanea. Ciò consente all'organizzazione di riacquistare gli alloggi per poterli poi concedere a condizioni non di mercato a nuovi beneficiari (resi a loro volta conduttori a lunghissima scadenza del suolo e proprietari temporanei delle case) rientranti nei criteri prestabiliti e reinvestire il (limitato) plusvalore trattenuto in manutenzione straordinaria, stanziamenti a garanzia dei mutui contratti dagli acquirenti delle case per accedere alle stesse e cura e valorizzazione del territorio, senza incidere negativamente sul proprio patrimonio[63]. Come le indagini in materia hanno osservato, la flessibilità normativa dell'assetto del *community land trust* è la chiave del suo successo: il

> cuore del meccanismo risiede, infatti, nelle norme che sovrintendono alla *governance* dell'ente e nelle regole che consentono di conformare il

construire, et à en remettre l'usage, par le biais de baux de 99 ans renouvelables et transmissibles, aux ménages qui se portent acquéreurs du bâti".

[63] A. Vercellone, Urban commons *e modelli di governo*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, pp. 177-178; F. Bettini, *Long Leases and Affordable Housing: A Comparative Analysis of French and English Law*, in B. McFarlane, S. Agnew (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, vol. 10, Oxford, Portland, 2019, p. 230; sul meccanismo tali clausole anti-speculazione, v. anche N. Bernard, G. de Pauw, L. Géronnec, *Coopératives de logement et Community Land Trusts*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2010, n. 28 (n. 2073), par. 3.2.3: "Lors de la mise en vente par le trust d'un bien en acquisitif mixte sur le marché, le CLT fixe le tarif à un niveau susceptible d'être atteint par les plus bas revenus, sous contrainte de viabilité de l'opération. Le coût du foncier est retranché du prix de vente, de telle sorte que la transaction permet à des personnes à ressources modestes de le financer à l'aide d'emprunt sans que le remboursement excède une certaine quotité du revenu. Lors de la revente du logement, le trust dispose d'un droit de préemption, qu'il applique systématiquement. Il rachète le bien au prix du marché, remboursant ainsi le vendeur de la somme que ce dernier a investie, en plus d'une fraction (mais d'une fraction seulement : 25 %) de la valeur prise entre-temps par son bien. En d'autres termes, l'acheteur laisse au CLT la propriété du terrain sur lequel la maison est construite et s'engage, en cas de vente, à reverser le subside original ainsi que la majeure partie de la plus-value. Le CLT garde pour lui une petite partie de cette plus-value (de 5 à 10%), en vue d'assurer ses coûts de fonctionnement, et utilise le solde au bénéfice du nouvel acquéreur. […] Les logements fournis par les CLT restent donc pécuniairement abordables sur le long terme en ce que les bénéfices qu'ils ont générés reviennent au trust plutôt que de gonfler le prix de vente".

diritto di proprietà sulle abitazioni bilanciando gli interessi individuali con quelli collettivi. In entrambi i casi si tratta di discipline di matrice contrattuale (*bylaws* e *ground lease*), il cui contenuto è dunque demandato all'autonomia privata. Ciò permette di adattare, di volta in volta, il modello alle necessità del caso concreto[64].

Il gruppo di gestione del *community land trust*, esponenziale delle diverse categorie interessate attraverso un procedimento democratico di selezione, con regole di elezione e di funzionamento disciplinate dallo statuto dell'ente, tende a rappresentare al proprio interno in particolare i soggetti cui è stato conferito il diritto temporaneo di proprietà degli appartamenti e la locazione del suolo, altri residenti della zona pur non proprietari di alloggi nella comunità, in modo da creare uno stretto raccordo tra gli abitanti dell'area interessata, nonché rappresentanti delle autorità locali[65].

Senza poter approfondire in questa sede i (peraltro diversificati) meccanismi di funzionamento del *community land trust* negli ordinamenti di *common law*, ciò che particolarmente rileva è come le due ultime locazioni reali francesi, *bail réel immobilier* e *bail réel solidaire*, con la parallela istituzione anche dell'*organisme de foncier solidaire*[66], si caratterizzino come mezzi d'importazione nel modello francese, ordinamento di *civil law* per eccellenza, proprio del meccanismo del *CLT*. Le due locazioni reali rimodulano e riadattano i connotati fondamentali della figura di *common law* al contesto francese, per esempio

[64] A. Vercellone, Urban commons *e modelli di governo*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, p. 182.

[65] A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, p. 378.

[66] V. F. Bettini, *Long Leases and Affordable Housing: A Comparative Analysis of French and English Law*, in B. McFarlane, S. Agnew (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, vol. 10, Oxford, Portland, 2019, p. 233: "like the English CLT, an OFS is not in itself a legal format but a status conferred on a legal person, regulated under either public or private laws; thus, there is freedom to choose the most suitable legal form to set up an OFS, provided that it complies with the requirements established by the law. Secondly, differently from English law, the French definition explicitly recognises housing affordability as the OFS's main goal and mentions the lease as the mechanism through which such goal should be achieved".

con riferimento al sistema codicistico delle successioni, e con sfumature diverse anche tra i due schemi contrattuali, tanto per adeguarle alle esigenze diversificate delle fasce sociali che si è inteso tutelare, quanto, probabilmente, nel caso della figura di contratto più recente, per superare alcune problematiche di funzionamento che la dottrina aveva prospettato per il *bail réel immobilier*.

Piuttosto che dilungarsi sull'analisi delle specifiche differenze di regime tra le figure francesi e gli omologhi del mondo anglosassone – di cui la principale sembra consistere nel minore accento sulla dimensione della comunità territoriale posto negli schemi francesi[67] – peraltro resa assai difficoltosa dalla molteplicità di modelli empirici da prendere in analisi, per differenza di norme e di scelte dei fondatori, il punto di maggiore interesse per il filo della presente trattazione consiste proprio nell'emblematica decisione del legislatore transalpino di servirsi del già sperimentato meccanismo delle locazioni superficiarie per realizzare l'ibridazione giuridica desiderata. È una scelta che dice molto sul ruolo del diritto di superficie nel modello giuridico francese, e in particolare della sua manifestazione sotto forma di locazione reale, come realizzazione di un intreccio tra un diritto (e un rapporto) reale e uno personale, ciascuno dei due diretto a potenziare l'altro, per realizzare gli obiettivi desiderati. Già a prima vista, vi è stretta parentela tra l'assetto giuridico realizzato dalle locazioni reali francesi e quello di scomposizione tra i titoli di appartenenza realizzato negli schemi di *community land trusts* di *common law*, servendosi della struttura flessibile della *property* per attribuire a titolari diversi suolo e abitazioni, con i titolari di queste ultime anche provvisti di un *lease* sul suolo[68]. L'equilibrio delicato tra sfera della personalità e sfera

[67] Nelle quali, peraltro, i conduttori delle locazioni reali (e tantomeno gli altri residenti della zona) non possono in quanto tali ritenersi automaticamente anche membri dell'organismo non a scopo di lucro proprietario del suolo: J. Picard, *Le bail réel solidaire: la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable*, in *Petites affiches*, 2016, n. 233, p. 13.

[68] Cfr. F. Bettini, *Long Leases and Affordable Housing: A Comparative Analysis of French and English Law*, in B. McFarlane, S. Agnew (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, vol. 10, Oxford, Portland, 2019, p. 230: "The reason why the lease is seen as a valuable means in the context of CLTs to secure housing affordability relates

della realità proprio del mondo di *common law* si ritrova in qualche modo trasposto nelle locazioni reali. Si è studiato il percorso evolutivo di queste ultime attraverso il tempo, si sono esaminate le istanze preterite dai codificatori che in esse, nella loro flessibilità, hanno trovato possibilità di realizzazione. Dalla vicenda dell'importazione in Francia del *community land trust* si possono allora trarre alcune riflessioni, che confermano e concretizzano quanto già osservato in generale con riferimento al diritto di superficie come ponte tra i due sistemi della tradizione giuridica occidentale. L'utilizzo di locazioni superficiarie per realizzare l'ibridazione non sembra infatti un elemento casuale e contingente, bensì risiede in profondità, nel ruolo che i diritti reali di superficie e di enfiteusi hanno assunto dopo il 1804, in quanto elementi di apertura di un sistema dominicale altrimenti chiuso, valvole di sfogo necessarie per garantirne la tenuta; e, al tempo stesso, elementi di scardinamento di un sistema dominicale ricostruito sul mito di quello romano e di recupero allo stesso di strutture della ben diversa e non del tutto sopprimibile concezione germanistica delle situazioni di appartenenza. A ciò si deve che – piuttosto che sul meccanismo della proprietà fiduciaria in generale alla base del concetto di *trust*, che pure nel frattempo ha fatto ingresso in Francia per altre vie – l'importazione nell'ordinamento francese del *community land trust*, in quando adatto a dare una risposta a esigenze sociali percepite tanto da un lato quanto dall'altro della Manica (e dell'Atlantico), si realizzi proprio nel polimorfismo della nozione francese del diritto di superficie e nelle sue possibilità di scomposizione nello spazio e nel tempo delle utilità dominicali, quali le locazioni reali possono attuare, anche funzionalizzando l'esercizio

to its ambivalent, hybrid nature. Indeed, while being rooted in the law of contract, the lease has progressively acquired a proprietary nature, with the consequence that modern leases are governed by both proprietary and contractual rules"; p. 232: "In the light of its hybrid nature, the lease has proved to be particularly useful in the context of CLTs. First, the lease allows the CLT to achieve a division of interests in property between the CLT/freeholder and residents/leaseholders. Secondly, by relying on the lease, CLTs are able to attach and enforce restrictive covenants that guarantee the control over the use and alienation of CLT properties. Thus, it is precisely its hybrid nature that makes the lease a suitable legal device for the promotion of housing affordability in the context of CLTs".

di tali utilità a interessi di ordine generale[69]. In effetti, come veicolo di salvaguardia ma al tempo stesso anche di messa in discussione del modello continentale romanistico di proprietà, il diritto di superficie si presta naturalmente a fungere da ponte di dialogo e di scambio con il sistema di *common law*, evolutosi in continuità con lo schema feudale germanistico che caratterizzava la fase medievale. Ecco che la concezione di una proprietà temporanea, quanto mai lontana dall'impianto del Codice napoleonico, sembra infine decisamente accettata nel modello giuridico francese contemporaneo, recuperatavi attraverso il diritto di superficie, con una crescente legittimazione operata nel corso del tempo dal legislatore.

Sebbene il diritto di superficie, anche come più rigidamente configurato nel sistema del nostro Codice, difficilmente possa non rivestire un ruolo in qualsiasi proposta tecnicamente definita d'importazione in Italia del meccanismo del *community land trust*[70], la mancanza nell'ordinamento contemporaneo italiano di quella figura di delicata sintesi che sono le locazioni reali richiederà probabilmente l'adozione di schemi più lontani

[69] V. J.-P. Attard, *Dissociation de la propriété du sol et du logement: transposition des pratiques des community land trusts aux activités de l'établissement public foncier d'Île de-France*, Parigi, 2012, rapporto disponibile su <http://www.socioeco.org/bdf_fiche-document-5432_fr.html>, p. 20: "l'idée d'une propriété-fonction repose sur une définition « finaliste qui justifie la propriété par son but, son service, sa fonction » et non plus par son origine"; F. Zenati-Castaing, *Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires*, in *Les modèles propriétaires, actes du colloque international organisé par le CECOJI*, Poitiers, 2012, pp. 235-236: "Dans un ordre d'idées voisin, l'instrumentalisation de la propriété, autre aspect du nouveau paradigme, se fraye aussi un chemin, non sans résistance, en droit français, avec le triomphe de la propriété-fonction, laquelle utilise la technique de la propriété dans un autre but que d'affirmer la souveraineté d'une personne sur une chose, celui de garantir, d'administrer, de transmettre, notamment".

[70] Dove, probabilmente sulla scia del dibattito tra giuristi sul tema dei beni comuni, esso ha già suscitato un certo interesse: cfr. A. Vercellone, Urban commons *e modelli di governo*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0: controegemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, pp. 171 ss.; M.R. Marella, *L'uso dello spazio urbano fra questione proprietaria e accesso alla giustizia*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2017, p. 85, <http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-2_15.pdf>; ispirandosi agli spunti offerti dal *CLT* in vista della realizzazione in Italia delle istanze costituzionali di solidarietà sociale in tema di diritto alla casa, v. anche A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, pp. 903 ss.

da quelli già di comune utilizzo nella pratica del nostro diritto. Chissà che il dibattito sul *community land trust* non finisca per rivelarsi virtuosamente foriero pure nella nostra dottrina anche di un più largo dibattito sull'opportunità di realizzare schemi di locazione reale, dal più ampio spettro di utilizzi possibili!

B. *Il diritto di superficie nella realizzazione in Italia di parcheggi e di opere a fini di edilizia popolare su terreni espropriati dai comuni*

Ipotesi particolarmente interessanti di diritto di superficie su beni pubblici del patrimonio indisponibile, con la costituzione di forme di proprietà superficiaria più o meno strettamente conformate in virtù dell'interesse generale del soddisfacimento degli obiettivi sociali dell'operazione, si sono manifestate anche in Italia, in materia di edilizia residenziale pubblica e di realizzazione di parcheggi sopra o sotto suoli comunali, dando luogo a esperienze idealmente prossime a quanto si è appena analizzato in Francia e di notevole diffusione sul territorio nazionale, tale da rappresentare una porzione quantitativamente di rilievo dei diritti di superficie costituiti in Italia. Uno sguardo a tali esperienze è d'obbligo, tenendo nondimeno conto che, invece che espandere le stesse, un diverso orientamento legislativo è subentrato, separando ancora le strade tra i due modelli italiano e francese e, nel nostro ordinamento, sulla scia di una tendenza alla dismissione del patrimonio pubblico – e, più in generale, dell'interventismo pubblico in campo economico e sociale – cercando di ricondurre a schemi di proprietà non dissociata la situazione dei superficiari. In ogni caso, si conferma l'ampia utilizzabilità dell'archetipo della superficie in funzione sociale e di governo del territorio, che si ripropone con caratteri vari in diversi ordinamenti giuridici[71], testimoniando un legame indissolubile tra superficie e interesse generale.

[71] Cfr. M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni*, vol. VIII, t. I, Milano, 1980, pp. 233-234, nota 91; G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 19 ss.

a. *L'edilizia residenziale pubblica*

Una serie d'interventi normativi si sono susseguiti nel corso del tempo in materia di edilizia residenziale pubblica, nell'alternarsi e stratificarsi di orientamenti di segno variegato. Nel panorama attuale vi sono varie tipologie d'interventi costruttivi; se gli alloggi in edilizia sovvenzionata sono di proprietà pubblica e le modalità di loro smobilizzo sono di minore interesse per la presente trattazione, il diritto di superficie ha invece spesso un ruolo importante per quanto riguarda l'edilizia agevolata e convenzionata. Dopo che già l'articolo 10 della legge numero 167 del 18 aprile 1962 si era espressamente servito della superficie, il testo di riferimento, a esso subentrato, in materia di rapporti tra istituto superficiario ed edilizia residenziale pubblica, è attualmente l'articolo 35 della legge numero 865 del 22 ottobre 1971[72]. Vi si prevede prima di tutto l'espropriazione per opera dei comuni o loro consorzi delle aree interessate, su cui realizzare le opere; esse andranno a far parte del patrimonio indisponibile dell'ente o consorzio, salva, come si vedrà, l'ipotesi di loro cessione in proprietà. Prosegue l'articolo:

> [s]u tali aree il comune o il consorzio concede[73] il diritto di superficie per la costruzione di case di tipo economico e popolare e dei relativi servizi

[72] Sull'impianto generale di tale legge, v., recentemente, A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, p. 916: "Con la l. n. 865 del 1971 inizia […] a farsi strada l'idea per cui il diritto all'abitazione richiede un ripensamento della struttura della proprietà immobiliare urbana. Questo ripensamento guidò il legislatore nella costruzione di un modello proprietario fortemente conformato dall'uso (edilizia popolare) a cui erano destinati gli immobili, nella direzione di quell'assetto che abbiamo definito "proprietà dell'abitazione" e che rappresenta conseguenza diretta degli artt. 42 e 47 Cost.".

[73] Cfr. M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 413: "L'art. 35 della legge 865/1971 è stato ritenuto un esempio tipico di […] concessione-contratto: concessione (atto del Comune inteso ad attribuire all'assegnatario il diritto di superficie sull'area) e contratto (convenzione da stipularsi per atto pubblico) (Solinas 1985, 106). Se ne è concluso che, per effetto della convenzione, sorge, in capo al superficiario, un diritto soggettivo pieno e perfetto (Noto 1986, 794)"; gli Autori (p. 416) qualificano allo stesso modo concessione-contratto anche la successiva modifica della convenzione volta a trasformare il diritto di superficie in piena proprietà; v. anche G. Casu, *In tema di trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà nei piani di zona*, Consiglio Nazionale del

urbani e sociali. La concessione del diritto di superficie ad enti pubblici per la realizzazione di impianti e servizi pubblici è a tempo indeterminato; in tutti gli altri casi ha una durata non inferiore ad anni 60 e non superiore ad anni 99. L'istanza per ottenere la concessione è diretta al sindaco o al presidente del consorzio. Tra più istanze concorrenti è data la preferenza a quelle presentate da enti pubblici istituzionalmente operanti nel settore della edilizia economica e popolare e da cooperative edilizie a proprietà indivisa. La concessione è deliberata dal consiglio comunale o dall'assemblea del consorzio. Con la stessa delibera viene determinato il contenuto della convenzione da stipularsi, per atto pubblico, da trascriversi presso il competente ufficio dei registri immobiliari, tra l'ente concedente ed il richiedente. La convenzione deve prevedere: a) il corrispettivo della concessione[74] e le modalità del relativo versamento, […]; b) il corrispettivo delle opere di urbanizzazione da realizzare a cura del comune o del consorzio, ovvero, qualora dette opere vengano eseguite a cura e spese del concessionario, le relative garanzie finanziarie, gli elementi progettuali delle opere da eseguire e le modalità del controllo sulla loro esecuzione, nonché i criteri e le modalità per il loro trasferimento ai comuni od ai consorzi; c) le caratteristiche costruttive e tipologiche degli edifici da realizzare; d) i termini di inizio e di ultimazione degli edifici e delle opere di urbanizzazione; e) i criteri per la determinazione e la revisione periodica dei canoni di locazione, nonché per la determinazione del prezzo di cessione degli alloggi, ove questa sia consentita; f) le sanzioni a carico del concessionario per l'inosservanza degli obblighi stabiliti nella convenzione ed i casi di maggior gravità in cui tale inosservanza comporti la decadenza dalla concessione e la conseguente estinzione del diritto di superficie; g) i criteri per la determinazione del corrispettivo in caso di rinnovo della concessione, la cui durata non può essere superiore a quella prevista nell'atto originario. […]. Le aree […] destinate alla costruzione di case economiche e popolari, sono concesse in diritto di superficie, ai sensi dei commi precedenti, o cedute in proprietà a cooperative edilizie e loro consorzi, ad imprese di costruzione e loro consorzi ed ai singoli, con preferenza per i proprietari espropriati ai sensi della presente legge sempre che questi abbiano i requisiti previsti dalle vigenti disposizioni per l'assegnazione di alloggi di edilizia agevolata. I corrispettivi della concessione in superficie […] ed i prezzi delle aree cedute in proprietà devono, nel loro insieme, assicurare la copertura delle spese sostenute dal comune o dal consorzio per l'acquisizione delle aree comprese in ciascun piano approvato a norma della legge 18 aprile 1962, n. 167; i corrispettivi della concessione in superficie riferiti al metro cubo edificabile non possono essere superiori al 60 per cento dei prezzi di cessione riferiti

Notariato: Studio n. 2666 del 9 febbraio 2000, <http://elibrary.fondazionenotariato.it/approfondimento.asp?app=19/studicnn/2666gc&mn=3&tipo=3&qn=8>.

[74] Su cui v., recentemente, *Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2017, n. 12545*.

allo stesso volume ed il loro versamento può essere dilazionato in un massimo di 15 annualità, di importo costante o crescente, ad un tasso annuo non superiore alla media mensile dei rendimenti lordi dei titoli pubblici soggetti a tassazione (Rendistato) accertata dalla Banca d'Italia per il secondo mese precedente a quello di stipulazione della convenzione di cui al settimo comma. Il corrispettivo delle opere di urbanizzazione, sia per le aree concesse in superficie che per quelle cedute in proprietà, è determinato in misura pari al costo di realizzazione in proporzione al volume edificabile entro il limite di quanto dovuto ai sensi della legge 28 gennaio 1977, n. 10, e successive modificazioni. Contestualmente all'atto della cessione della proprietà dell'area, tra il comune, o il consorzio, e il cessionario, viene stipulata una convenzione per atto pubblico, […] la quale […] deve prevedere: a) gli elementi progettuali degli edifici da costruire e le modalità del controllo sulla loro costruzione; b) le caratteristiche costruttive e tipologiche degli edifici da costruire; c) i termini di inizio e di ultimazione degli edifici; d) i casi nei quali l'inosservanza degli obblighi previsti dalla convenzione comporta la risoluzione dell'atto di cessione.

Si evidenziano l'indispensabilità e la vitalità della figura della superficie in tale schema, in cui il mantenimento di una proprietà pubblica sul suolo, funzionale a una programmazione dello sviluppo delle politiche abitative nell'interesse generale, si accompagna ai vincoli e alla stretta conformazione in chiave sociale del diritto di proprietà superficiaria[75] dapprima del costruttore e poi del soggetto beneficiario dell'operazione: la superficie, istituto dalla sperimentazione plurisecolare, serve così da punto d'incontro ed elemento di sintesi fra tutte queste diverse istanze[76].

Si prevedeva inizialmente un divieto di alienazione per un certo periodo di tempo delle aree concesse in piena proprietà, che il legislatore ha finito per attenuare fortemente[77]. In paral-

[75] Si trattava di una proprietà di natura superficiaria, salvo quando l'ente pubblico scegliesse di optare per un'ordinaria cessione in proprietà, senza trattenere il titolo dominicale sul suolo; il meccanismo della legge prevedeva originariamente che la quota delle aree cedute in piena proprietà fosse compresa tra il 20% e il 40%: v. N. Centofanti, M. Favagrossa, P. Centofanti, *Le convenzioni urbanistiche ed edilizie*, IV ed., Milano, 2012, p. 239.

[76] Cfr. M. Pallottino, P. Bonaccorsi, *Soggetti e strumenti per la realizzazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, vol. I, *Aspetti costituzionali e amministrativi*, Milano, 1986, p. 454.

[77] V. art. 20 della legge n. 179 del 17 febbraio 1992, come modificato dall'art.

lelo a tale ultima scelta, si è manifestata nel corso del tempo, con un favore sempre più accentuato, quella di permettere il riscatto e la trasformazione del diritto di superficie in un "ordinario" diritto di proprietà, con modifica della convenzione esistente tra l'ente locale e l'assegnatario, similmente a quanto già accennato con riferimento alle aree che erano state concesse in diritto di superficie per insediamenti produttivi. Dapprima tale facoltà di alienazione del suolo, incamerando immediatamente la relativa liquidità, è stata consentita ai comuni dall'articolo 3 dalla legge numero 549 del 28 dicembre 1995, poi l'articolo 3 della legge numero 662 del 23 dicembre del 1996, nell'integrare la disciplina, ha previsto, tra l'altro, l'alienabilità di tutte le aree salvo quelle espressamente elencate dal Consiglio comunale (e fatte salve le domande di acquisto precedenti a tale delibera). I superficiari coinvolti in ciascuna area, riuniti in cooperativa o condominio, potevano approvare la proposta di alienazione in maggioranza di due terzi dei presenti, con la presenza di almeno il 51% dei condomini o soci, tale deliberazione essendo titolo esecutivo per l'ottenimento delle somme dovute al Comune da ogni singolo condomino o socio. Il legislatore è tornato a intervenire sul tema con l'articolo 31 della legge numero 448 del 23 dicembre 1998, disponendo, in particolare, che la trasforma-

3 della legge n. 85 del 28 gennaio 1994: "A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, gli alloggi di edilizia agevolata possono essere alienati o locati, nei primi cinque anni decorrenti dall'assegnazione o dall'acquisto e previa autorizzazione della regione, quando sussistano gravi, sopravvenuti e documentati motivi. Decorso tale termine, gli alloggi stessi possono essere alienati o locati"; v. anche legge n. 448 del 23 dicembre 1998, art. 31, in part. c. 46 e c. 49-bis (introdotto dal decreto-legge n. 70 del 13 maggio 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 106 del 12 luglio 2011, art. 5, c. 3-bis). Il quadro normativo conseguente agli ultimi interventi è in generale (in vario modo sia per gli alloggi in proprietà ordinaria, sia per quelli oggetto di un diritto di superficie) apparso incerto e ha dato luogo a un ampio contenzioso, su cui v. *Cass. civ., ss.uu, 16 settembre 2015, n. 18135*: "il vincolo del prezzo non è affatto soppresso automaticamente a seguito della caduta del divieto di alienare; ed anzi, in assenza di convenzione ad hoc (da redigere in forma pubblica e soggetta a trascrizione), segue il bene nei successivi passaggi di proprietà, a titolo di onere reale, con naturale efficacia indefinita"; v. ancora, *Cass. civ., sez. II, 28 maggio 2018, n. 13345*, nonché infine, discostandosi rispetto all'orientamento cui era pervenuta la Cassazione, il recentissimo intervento del legislatore nell'intento di "rimediare" alle conseguenze dell'ambigua situazione: art. 25-undecies del decreto-legge n. 199 del 23 ottobre 2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 136 del 17 dicembre 2018.

zione del diritto di superficie in piena proprietà possa avvenire a seguito di proposta del Comune e di accettazione da parte dei singoli proprietari degli alloggi e loro pertinenze (ma l'iniziativa può anche essere di questi ultimi), per la quota millesimale corrispondente, con modifica dell'originale convenzione dietro pagamento di un corrispettivo[78]. Ogni singolo superficiario a tempo è posto quindi di fronte alla possibilità di trasformare la natura del proprio diritto, rendendo lo stesso una piena proprietà a tempo indeterminato, con una quota di comproprietà del suolo, senza più passare per una deliberazione collettiva in sede di assemblea idonea a imporsi ai singoli[79]. Più rispettosa delle scelte dei singoli, tale impostazione può portare ad assetti di coesistenza di condomini meri superficiari a tempo senza diritto

[78] Come disposto dal comma 48 di tale articolo: "Il corrispettivo delle aree cedute in proprietà è determinato dal Comune, su parere del proprio ufficio tecnico, in misura pari al 60 per cento di quello determinato attraverso il valore venale del bene, con la facoltà per il Comune di abbattere tale valore fino al 50 per cento, al netto degli oneri di concessione del diritto di superficie, rivalutati sulla base della variazione, accertata dall'ISTAT, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati verificatasi tra il mese in cui sono stati versati i suddetti oneri e quello di stipula dell'atto di cessione delle aree. Comunque il costo dell'area così determinato non può essere maggiore di quello stabilito dal Comune per le aree cedute direttamente in diritto di proprietà al momento della trasformazione di cui al comma 47".

[79] V. G. Casu, *In tema di trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà nei piani di zona*, Consiglio Nazionale del Notariato: Studio n. 2666 del 9 febbraio 2000, <http://elibrary.fondazionenotariato.it/approfondimento.asp?app=19/studicnn/2666gc&mn=3&tipo=3&qn=8>; cfr. G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (I parte)*, in *Rivista del notariato*, 2017, III, p. 869: "L'espressione *ex lege 'trasformazione del diritto di superficie in diritto di piena proprietà sulle aree', imprecisa e* atecnica, appare contrastare con le regole generali, per le quali all'acquisto di una quota di comproprietà del suolo non dovrebbe seguire il conseguimento della piena proprietà dei singoli alloggi, mediante consolidazione parziale, poiché si tratta di due posizioni soggettive non omogenee, che continuerebbero a coesistere senza potersi fondere. Per risolvere la difficoltà, si è affermata la tesi della consolidazione parziale legale, secondo cui l'art. 31, l. n. 448 del 1998, nel configurare la convenzione di trasformazione (avente natura di concessione-contratto) e nel tipizzarne gli effetti, costituisce e dà fondamento alla deroga delle regole generali. In definitiva, l'acquisto del pieno dominio dell'alloggio in precedenza acquisito in proprietà superficiaria a termine è solo un effetto riflesso *ex lege* dell'acquisto della comproprietà del terreno. Gli strumenti negoziali per operare concretamente la 'trasformazione' sono individuati nella rinunzia traslativa oppure in un negozio traslativo oneroso della nuda proprietà, entrambi devono trascriversi ex art. 2643 c.c. (trasferimento di un diritto reale)".

di comproprietà sul suolo (quale è soltanto presunto dall'articolo 1117, ammettendo il titolo contrario) e altri che invece abbiano acquistato tale diritto e la cui proprietà sull'alloggio non incontri limiti di tempo. Si esprimono conclusivamente, a giudizio di chi scrive, alcune riserve sull'orientamento di politica legislativa testimoniato dalle ultime scelte del legislatore, che, ispirato da esigenze estemporanee di liquidità, sembra aver pregiudicato un meccanismo ben congegnato per bilanciare interesse generale e istanze individuali, che testimoniava un pregevole intento di allargamento e generalizzazione del diritto all'abitazione rispetto ai mai scomparsi rischi d'invasione di campo della speculazione edilizia[80]. Quanto alla scelta di una stabilizzazione e di un rafforzamento della situazione giuridica della famiglia alloggiata, gli esempi delle più recenti locazioni reali francesi mostrano come essa si sarebbe potuta conseguire senza dismettere il ricorso a uno strumento ben maneggevole come il diritto di superficie e, soprattutto, senza rinunciare a tutelare dall'espansione delle logiche di mercato gli alloggi costruiti in chiave sociale. Al di là delle motivazioni contingenti che le hanno occasionate, le ultime scelte del legislatore sembrano rientrare in un più generale orientamento di dismissione della proprietà pubblica e dell'interventismo in campo economico, senza che sia chiaro come una serie di bisogni sociali di primario valore costituzionale possano rimanere idoneamente tutelati in un disegno organico e lungimirante di politica del diritto. Si dedicheranno le ultime pagine del presente lavoro proprio ad approfondire il rapporto tra disposizioni costituzionali in materia di proprietà e diritto di superficie, evidenziando l'attitudine di tale istituto di diritto privato dalla storia tormentata a realizzare in molte situazioni proprio il bilanciamento d'istanze che il testo costituzionale esprime.

[80] Per una critica d'insieme degli insuccessi dei più recenti orientamenti del legislatore in tema di garanzia del diritto all'abitazione, caratterizzati da frammentarietà, parcellizzazione (anche dovuta al modificato riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni), dismissione e generale ritiro dei soggetti pubblici rispetto al ruolo di soggetti privati orientati al profitto, cfr. A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, pp. 917 ss.

b. *I cosiddetti parcheggi pertinenziali su aree pubbliche*

Oltre alla realizzazione di abitazioni in senso stretto, di cui si è appena discorso, a essa è funzionalmente connessa, rivestendo comunque una funzione di pubblico interesse, la costruzione di parcheggi per automobili, il cui numero ingente negli spazi ridotti delle città di oggi costituisce una questione organizzativa di non poco conto, tale da incidere in misura rilevante sulla maggiore o minore comodità della vita nelle metropoli. Problematica largamente ignorata dal Codice civile[81], una serie d'interventi del legislatore si è stratificata nel corso del tempo in tema di parcheggi, volta ad associare la realizzazione di opere edilizie con quella di congrui spazi adibiti allo stazionamento degli autoveicoli[82]: con tali normative, si è via via rinsaldato e, più recentemente, con orientamento più permissivo, nuovamente affievolito un legame giuridico di pertinenza tra appartamenti e parcheggi[83]. Per le nuove costruzioni riservare spazi

[81] Salvo l'articolo 1117, n. 1, che fa dei cortili degli edifici oggetto di proprietà comune condominiale, se il contrario non risulta dal titolo.

[82] V., in particolare, legge n. 1150 del 17 agosto 1942, cosiddetta "legge urbanistica"; legge n. 765 del 6 agosto 1967, cosiddetta "legge ponte" (per una cui ricostruzione, si veda tra tutte, nell'amplissima giurisprudenza in proposito, *Cass. civ., ss.uu., 18 luglio 1989, n. 3363*); legge n. 47 del 28 febbraio 1985, "Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie"; legge n. 122 del 24 marzo 1989, "Disposizioni in materia di parcheggi, programma triennale per le aree urbane maggiormente popolate, nonché modificazioni di alcune norme del testo unico sulla disciplina della circolazione stradale"; legge n. 246 del 28 novembre 2005, n. 246, "Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005"; decreto-legge n. 5 del 9 febbraio 2012, "Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo", convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 35 del 4 aprile 2012.

[83] Qualche anno fa, così in dottrina si riassumeva lo stato della normativa sulla questione del vincolo pertinenziale (A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 565-566): "In ordine agli effetti civilistici del vincolo occorre distinguere tra *a)* parcheggi «obbligatori» realizzati ai sensi dell'art. 18 della l. n. 765/1967 [a sua volta modificativo del testo della legge n. 1150 del 17 agosto 1942, aggiungendovi un art. 41-sexies, nda], come modificato dall'art. 2, l. n. 122/1989 (per il quale il vincolo costituisce un mero diritto reale d'uso in favore del proprietario) e *b)* parcheggi «facoltativi» autorizzati, nei locali e nel sottosuolo dei fabbricati preesistenti o delle relative aree di pertinenza, per i quali il vincolo rende obbligatoria la cessione del diritto di proprietà del parcheggio unitamente a quella dell'unità immobiliare di pertinenza; *c)* parcheggi non rientranti in tale normativa, come quelli liberi o creabili dal Comune che sono disciplinati come gli altri beni, non essendo soggetti a particolari limitazioni. I nuovi parcheggi previsti

adibiti a parcheggio è obbligatorio, mentre, per i fabbricati preesistenti, conformemente al comma primo dell'articolo 9 della legge numero 122 del 24 marzo 1989,

i proprietari di immobili possono realizzare nel sottosuolo degli stessi ovvero nei locali siti al piano terreno dei fabbricati parcheggi da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari, anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi vigenti. Tali parcheggi possono essere realizzati, ad uso esclusivo dei residenti, anche nel sottosuolo di aree pertinenziali esterne al fabbricato, purché non in contrasto con i piani urbani del traffico, tenuto conto dell'uso della superficie sovrastante e compatibilmente con la tutela dei corpi idrici. Restano in ogni caso fermi i vincoli previsti dalla legislazione in materia paesaggistica ed ambientale […].

Secondo gli assetti materiali delle opere che si desidera realizzare e quelli di diritto dei titoli di appartenenza sulle aree coin-

dall'art. 9, 1° comma, della l. n. 122, nelle aree già edificate (parcheggi pertinenziali su aree private), sono realizzati facoltativamente dai proprietari degli immobili stessi o nel loro sottosuolo. Tali parcheggi devono essere asserviti a singole unità immobiliari, destinate ai residenti"; v. anche L. Salis, *Il «posto macchina» nel condominio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1985, II, pp. 235 ss.; G. Alpa, *Parcheggio, posteggio, posto-auto*, in *Contratto e impresa*, 1987, pp. 585 ss.; A. Candian, *Conseguenze civilistiche del vincolo urbanistico di destinazione afferente i parcheggi: giurisprudenza e legislazione a confronto*, in *Quadrimestre*, 1990, pp. 104 ss.; A. Fusaro, *Parcheggio*, in *Dig. disc. priv.*, *sezione civile*, XIII, Torino, 1995, pp. 253 ss. Alcune novità normative sono però sopravvenute, e, in particolare, il comma quinto dell'appena citato art. 9 recita ora, a seguito delle modifiche intervenute con il decreto-legge n. 5 del 9 febbraio 2012, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 35 del 4 aprile 2012: "Fermo restando quanto previsto dall'articolo 41-sexies, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni, e l'immodificabilità dell'esclusiva destinazione a parcheggio, la proprietà dei parcheggi realizzati a norma del comma 1 può essere trasferita, anche in deroga a quanto previsto nel titolo edilizio che ha legittimato la costruzione e nei successivi atti convenzionali, solo con contestuale destinazione del parcheggio trasferito a pertinenza di altra unità immobiliare sita nello stesso comune. I parcheggi realizzati ai sensi del comma 4 non possono essere ceduti separatamente dall'unità immobiliare alla quale sono legati da vincolo pertinenziale e i relativi atti di cessione sono nulli, ad eccezione di espressa previsione contenuta nella convenzione stipulata con il comune, ovvero quando quest'ultimo abbia autorizzato l'atto di cessione"; inoltre, all'articolo 41-sexies della legge n. 1150 del 17 agosto 1942, a norma del quale "nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse, debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad un metro quadrato per ogni dieci metri cubi di costruzione", in seguito all'art. 12, c. 9, della legge n. 246 del 28 novembre 2005 è stato aggiunto che "gli spazi per parcheggi realizzati in forza del primo comma non sono gravati da vincoli pertinenziali di sorta né da diritti d'uso a favore dei proprietari di altre unità immobiliari e sono trasferibili autonomamente da esse".

volte, il costruttore può mettere in atto diverse operazioni giuridiche per realizzare i parcheggi previsti dalle norme, nel rispetto del vincolo pertinenziale quale configurato nel corso del tempo dal legislatore e dai giudici in via interpretativa.

Di particolare interesse per la presente trattazione è il caso dei parcheggi pertinenziali[84] quando essi siano da realizzare su area comunale. Prevede il comma quarto dell'appena citato articolo 9 che dei

> comuni, previa determinazione dei criteri di cessione del diritto di superficie e su richiesta dei privati interessati o di imprese di costruzione o di società anche cooperative, possono prevedere, nell'ambito del programma urbano dei parcheggi, la realizzazione di parcheggi da destinare a pertinenza di immobili privati su aree comunali o nel sottosuolo delle stesse. Tale disposizione si applica anche agli interventi in fase di avvio o già avviati. La costituzione del diritto di superficie è subordinata alla stipula di una convenzione nella quale siano previsti: a) la durata della concessione del diritto di superficie per un periodo non superiore a novanta anni; b) il dimensionamento dell'opera ed il piano economico-finanziario previsti per la sua realizzazione; c) i tempi previsti per la progettazione esecutiva, la messa a disposizione delle aree necessarie e la esecuzione dei lavori; d) i tempi e le modalità per la verifica dello stato di attuazione nonché le sanzioni previste per gli eventuali inadempimenti;

a ciò si aggiunge il comma terzo dell'articolo 11 della stessa legge: "l'atto di cessione del diritto di superficie è soggetto all'imposta di registro in misura fissa". Un diritto di superficie, temporaneo, di cui ricorrono tutti gli elementi tipici, è dunque evocato espressamente in questa ipotesi di edificazione per opera di privati su suolo pubblico, risparmiando agli interpreti ogni dibattito sulla natura del diritto conferito. Quanto realizzato in conformità di tale disposizione sarà un'opera privata, eseguita dal privato per proprie esigenze, in presenza del vincolo pertinenziale (sia pure attutito), ma di pubblico interesse, soddisfacendo bisogni collettivi come il decongestionamento del traffico, e destinata, allo scadere del diritto reale, a diventare proprietà comunale; il tutto nel quadro degli atti conformativi di pianifica-

[84] Si tratta dei parcheggi "facoltativi" di cui all'art. 9 (citato alla nota precedente) della legge n. 122 del 24 marzo 1989.

zione di competenza dell'autorità comunale[85]. Si evidenzia così ancora una volta come il diritto di superficie resti presente nelle scelte del legislatore italiano, che pure, attraverso la scelta di positivizzazione, lo aveva di fatto confinato a una funzione più ristretta rispetto all'omologo francese. Il ricorso a tale istituto ricorre pertanto con una certa spontaneità quando si cercano risposte (anche) normative ai molti problemi di organizzazione degli spazi urbani del mondo di oggi, tanto più quando sono in gioco interessi di ordine generale, e il suo emergere anche nelle scelte del legislatore italiano evidenzia l'efficacia di molteplici soluzioni fondate sull'attribuzione di un diritto di superficie, che oltralpe hanno conosciuto un successo ancora più diffuso. Si pongono ora le domande conclusive se vi siano gli spazi e se vi sia l'opportunità, nel nostro ordinamento, per un allargamento del ruolo del diritto di superficie.

Sezione II. *Un'attualizzazione del principio del lavoro in un sistema di produzione complesso alla luce della Costituzione italiana*

Prima di giungere alla conclusione del discorso, è opportuno riprendere un tema qualche volta evocato nel corso della trattazione, ovvero il rapporto tra assetto costituzionale italiano e regimi proprietari, per potersi poi interrogare sul ruolo che in tale complesso quadro il diritto di superficie riveste e può ulteriormente candidarsi a rivestire. Il presente capitolo, consacrato alla funzione sociale del diritto di superficie, risulterebbe largamente incompleto se non si dedicasse il dovuto spazio al nostro ordinamento costituzionale, in cui la funzione sociale

[85] A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 567; aggiungono gli autori (pp. 568-569): "Il diritto di superficie sorge al momento della sua costituzione, anche se il vincolo pertinenziale verrà a determinarsi solo con l'acquisto della proprietà superficiaria e quindi con la realizzazione del posto auto-pertinenza. Ove il proprietario, nel corso della realizzazione del parcheggio, venda la propria unità immobiliare, automaticamente trasferisce anche il diritto di superficie. Realizzata l'infrastruttura, il diritto di superficie si trasforma in proprietà superficiaria e si determina il regime pertinenziale. Restano in proprietà collettiva e saranno gestite secondo le norme del condominio le parti comuni del parcheggio".

del diritto di proprietà ha trovato – a differenza che nella Costituzione francese[86], anche se in tale Paese si era sviluppata sul tema un'amplissima elaborazione teorica nel corso del Novecento[87] – esplicita menzione e valorizzazione. Si getterà allora dapprima uno sguardo generale al tema della funzione sociale della proprietà nella Costituzione italiana, salvo poi focalizzarsi, sempre in chiave costituzionalistica, sulle specificità del diritto di superficie, alla luce della considerazione di esso come manifestazione di rilievo di un generale principio giuridico del lavoro. Tali riflessioni acquistano particolare importanza nella presente trattazione, in quanto le ampie e non del tutto sfruttate potenzialità del diritto di superficie di realizzare alcune vitali istanze accolte dalla nostra Costituzione sono proprio tra le ragioni che possono giustificare lo sforzo di approfondimento del fenomeno superficiario. Al di là dell'impulso alla conoscenza dello sviluppo degli istituti giuridici in altri ordinamenti, che può già di per sé essere stimolo allo studio, nel caso del diritto di superficie l'indagine trova infatti una finalità ulteriore nell'indicare potenzialmente in Italia al legislatore, ai giudici e agli operatori del diritto alcuni modelli che ben si candidano a realizzare, nel quadro del disegno costituzionale, importanti interessi sociali.

A. *La proprietà nella Costituzione: cenni*

Il tema della nozione costituzionalistica della proprietà nel modello giuridico italiano è di notevole ampiezza e sin dall'indomani della redazione della Carta tiene impegnate molte menti della nostra dottrina tanto pubblicistica quanto privati-

[86] Cfr. A. De Vita, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea: analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969, pp. 125 ss.

[87] A partire dalla notissima opera di L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Parigi, 1912; v. anche G. Renard, L. Trotabas, *La fonction sociale de la propriété privée*, Parigi, 1930; L. Josserand, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, in *Mélanges juridiques dédiés à M. Sugiyama*, Tokyo, 1940, pp. 95 ss.; M. Laborde-Lacoste, *La propriété immobilière est-elle une «fonction sociale» ?*, in *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967, pp. 373 ss.

stica, ponendosi come uno dei più delicati e affascinanti terreni d'incontro tra le due materie. È ben lungi dagli obiettivi della presente trattazione offrire non solo un'autonoma ricostruzione in merito, ma anche soltanto un quadro soddisfacente delle ricostruzioni elaborate da una molteplicità di autori. Si vuole qui solo evidenziare come il quadro giuridico italiano in materia di proprietà si sia significativamente discostato da quello francese, accogliendo in sede costituzionale ulteriori istanze che il diritto di superficie, pur attualmente meno sviluppato nel nostro diritto vivente che al di là delle Alpi, potrebbe contribuire a soddisfare. Beninteso, pure in Francia le limitazioni della proprietà privata in ragione dell'interesse generale sono molteplici ed estremamente sviluppate, sicché quegli usi citati dall'articolo 544 come "proibiti dalle leggi o dai regolamenti" possono sempre più dirsi la regola piuttosto che l'eccezione, in conseguenza del carattere ormai generale degli interventi della legislazione speciale, tali da comportare una conformazione profonda del diritto di proprietà; a mancare è però una piena consacrazione costituzionale di una tale configurazione. La Costituzione francese vigente, del 1958, poco dice per la verità in tema di proprietà: è stabilità (articolo 34) una riserva di legge per quanto riguarda le nazionalizzazioni d'imprese e i trasferimenti di proprietà d'impresa dal settore pubblico al settore privato, nonché per i principi fondamentali della proprietà e dei diritti reali. Il preambolo di tale Costituzione afferma inoltre l'adesione solenne ai Diritti dell'uomo e ai principi di sovranità nazionale quali definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata e completata dal preambolo della Costituzione del 1946. Tra i documenti citati, il primo annovera la proprietà tra i diritti naturali e imprescrittibili dell'Uomo (articolo 2) e definisce la stessa come un diritto inviolabile e sacro, di cui nessuno può essere privato se non quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esige in maniera evidente e a condizione di un'indennità giusta e preventiva (articolo 17); il secondo di essi, originatosi in un contesto storico del tutto differente e quindi di diversa impronta ideologica, afferma che ogni bene e ogni impresa, il cui sfruttamento abbia o acquisisca i caratteri di un servizio pubblico nazionale o di un monopolio di fatto, deve diventare proprietà della collettività (articolo 9).

Da questo insieme di disposizioni dal variegato orientamento filosofico appare difficile desumere una qualche complessiva visione della proprietà, sia pure di compromesso o di sintesi tra diverse posizioni, lasciando così alle maggioranze politiche di volta in volta predominanti e al variare degli equilibri sociali una larghissima libertà di manovra.

In Italia, già l'articolo 832 del Codice civile del 1942, che definisce il contenuto del diritto di proprietà, vincolandone il potere pieno ed esclusivo di godimento e di disposizione ai limiti e agli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico, si allontanava dall'assolutismo proprietario che i redattori liberali del testo del 1865 avevano fedelmente ripreso dal modello francese all'articolo 436. Il vero e proprio salto di qualità si ebbe però con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la quale, all'articolo 42, menzionata la bipartizione della proprietà in pubblica e privata, della seconda dispone che

> è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

Alla consacrazione costituzionale della proprietà pubblica[88] a fianco di quella privata[89], anzi citata prima ancora di essa,

[88] Sul cui inquadramento sistematico cfr. M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, II: diritto amministrativo speciale*, t. II, II ed., Milano, 2003, p. 1717: "la disciplina costituzionale detta una riserva che impedisce l'appropriabilità da parte dei privati. Peraltro, la riserva opera a favore di particolari soggetti: i pubblici poteri. Inoltre, consente di affermare che esistono cose per le quali la riserva non opera e che, pertanto, sono appropriabili da parte di soggetti privati così come di pubblici poteri"; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 22: "si tratta […] di istituti dominicali nella cui disciplina vi è una massiccia presenza di elementi pubblicistici […]; e si tratta allo stesso tempo di istituti dominicali sempre riferibili allo Stato o ad altra persona giuridica pubblica, ovvero direttamente a un collettività (anche se talvolta allo Stato, alle persone giuridiche pubbliche o alla collettività non è imputato il dominio come tale)".

[89] V. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 188-189: "la nozione di proprietà […] [deve] essere intesa nel senso che la proprietà è una istituzione giuridica creata dall'ordinamento il quale può assegnare le appartenenze sui beni (specie quelli economici, ossia produttivi) alla sfera pubblica, o alla sfera privata. Quando l'appartenenza sia attribuita nella forma di proprietà pubblica non vi è necessità di conformazione per indirizzarla a scopi metaindividuali, quando invece l'appartenenza sia attribuita sotto forma di proprietà privata, allora la legge la deve conformare al fine di assicurare che non di meno essa si indirizzi anche a scopi metaindividuali"; v.

come a suggerire una sorta di primazia, si accompagnano pertanto una funzionalizzazione della proprietà privata alla società nel suo insieme e un intento di assicurarne l'esercizio a tutti i soggetti dell'ordinamento, improntando a tali principi l'intervento del legislatore in materia. Dopo l'articolo 43, dedicato all'espropriazione, salvo indennizzo, a fini di utilità generale, la proprietà fondiaria è poi più specificamente chiamata in causa dall'articolo 44, in conformità del quale,

> [a]l fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e media proprietà.

È pertanto esplicitato un disegno, la cui realizzazione è demandata al legislatore, di conformazione profonda della proprietà fondiaria in nome dei valori costituzionali di eguaglianza e di solidarietà sociale, idonei a imporsi sull'interesse privato della figura del grande proprietario. Una tale ottica di sacrificio, o quantomeno di compressione, della rendita fondiaria, in quanto elemento statico e passivo, rispetto agli elementi più dinamici e attivi del lavoro e dell'impresa, è quindi presente nel nostro sistema costituzionale, sia pure non sempre pienamente valorizzata negli orientamenti della Corte costituzionale[90], e presenta

anche G. Resta, *Systems of public ownership*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, p. 219: "In countries like France, Italy, Belgium or Spain, the dichotomy between public ownership and private ownership has a pivotal position, since rules and procedures governing each category of property are radically different (Chamard, 2004: 155-159). Public law provisions apply to the former, in particular with regard to the issues of management, protection and alienation, whereas private law governs the latter; disputes concerning public ownership (namely property devoted to public use) are tried in administrative courts, and not in ordinary courts. The basic distinction between public and private ownership is sometimes mirrored in constitutional documents, such as the Italian and the Portuguese Constitutions. However, even in civilian countries it is generally recognized that there is no absolute incompatibility between 'public' and 'private' property, the difference between the two dimensions being one of degree, rather than of substance (see Rodotà, 1990: 43-45; Geisler, 2000: 66-79)".

[90] P. Barcellona, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. disc. priv.*, *sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 467.

spunti di particolare interesse nella riflessione su una rinnovata funzione dell'istituto della superficie alla luce del diritto costituzionale, al cui disegno ben si attaglierebbe la positivizzazione anche in Italia di modelli quale quello del *community land trust*.

Il paradigma del *dominium* romano pare complessivamente non solo intaccato, ma propriamente abbandonato nel nome di una concezione solidaristica dei rapporti di appartenenza[91], nata in un contesto di delicata sintesi tra visioni politiche e sociali eterogenee[92], che, dopo essere state perseguitate e avere combattuto il fascismo, diedero vita a un quadro giuridico dei rapporti socio-economici in cui la visione liberale è affiancata e sopravanzata dal cattolicesimo sociale e dalle istanze di rottura delle classi lavoratrici quali espresse dalla tradizione socialcomunista: una sintesi intenzionalmente aperta, che lascia al succedersi delle maggioranze politiche, espressione della volontà popolare quale cristallizzatasi nell'occasione di ogni appuntamento elettorale generale, oltre che ai limitati strumenti di democrazia diretta previsti, la strada dischiusa a una molteplicità di scelte che possono variamente oscillare tra un sistema di mercato tempe-

[91] V. C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, p. 68: "Considerata dal punto di vista della funzione sociale, […] la proprietà non si presenta più come diritto, fondamento della libertà personale (secondo il modello delle costituzioni liberali); ma come strumento economico-sociale, da valutare (e disciplinare) sulla base di un giudizio di compatibilità rispetto a fini che sono esterni all'attribuzione del diritto. L'efficienza economica dello strumento-proprietà è uno dei criteri principali, in base ai quali effettuare quel giudizio; ma, appunto, è un criterio, non una finalità".

[92] V. A. Iannarelli, *Proprietà e beni: saggi di diritto privato*, Torino, 2018, pp. 88-89: "nel testo della nostra Costituzione e della gerarchia dei valori ivi adottata, la funzione sociale assegnata alla proprietà è andata certamente oltre la prospettiva produttivistica che aveva accompagnato il processo di industrializzazione europeo e che il fascismo aveva adottato in funzione nazionalistica e, soprattutto, antioperaia […]. Nella Costituzione repubblicana, la funzione sociale della proprietà di cui parla l'art. 42 e che è sottesa anche all'art. 44, risponde non solo ad esigenze di redistribuzione della ricchezza ma, soprattutto, a quella di assicurare un raccordo virtuoso tra le legittime aspettative del proprietario e la salvaguardia e promozione di istanze collettive pur sempre riconducibili all'uso e alle diverse destinazioni dei beni alla luce della loro diversa rilevanza sociale in linea con le linee di sviluppo di una società industrializzata di mercato. Per altro verso, accanto al mutamento strutturale registrato dall'istituto per via della collocazione della funzione sociale all'interno suo stesso, la Carta ha adottato una soluzione fondamentalmente garantista nell'affidare al legislatore il compito di concretizzare siffatta funzionalizzazione mediante la disciplina legale dei modi di godimento e di disposizione della proprietà".

rato da un interventismo economico redistributivo per opera delle pubbliche autorità e un vero e proprio superamento della logica di mercato come principale paradigma ordinatore dell'economia nazionale[93]. Si è pertanto riconosciuto, con riferimento ai livelli di tutela che il giudice costituzionale ha di volta in volta ritenuto di dare alla proprietà privata, che

> non si può desumere un modello sistematico di proprietà alternativo a quello [...] risultante dal coordinamento tra norme costituzionali, disciplina del Codice e direttive principali della legislazione c.d. speciale[94],

rinunciando a ogni pretesa di una ricostruzione unitaria e monolitica del diritto di proprietà nel diritto italiano vigente. Voci autorevoli hanno allora evidenziato

> il fatto che la proprietà si presenta come centro di imputazione di interessi diversi, grazie al collegamento, costituzionalmente operato, tra interesse proprietario ed una serie aperta di obiettivi in cui, storicamente e attraverso la mediazione legislativa, si concreta l'utilità sociale. Si è già ricordato come ciò sia reso possibile dal mutato fondamento dell'attribuzione al privato dei poteri proprietari, espresso appunto dalla funzione sociale e dalla sua incisione sulla struttura del diritto di proprietà. Naturalmente la funzionalizzazione può atteggiarsi in forme diverse (mancata attribuzione di facoltà, imposizione di condizioni per l'esercizio di facoltà attribuite, obbligo di esercitare determinate facoltà secondo un apprezzamento libero o modalità indicate); e, sempre più di frequente, si esprime già nei procedimenti conformativi, che contemplano la presenza, con poteri decisori o di controllo, di soggetti rappresentativi appunto dei diversi interessi imputabili alla proprietà[95].

A complicare il quadro già composito e stratificato si aggiungono poi – in Italia come in Francia – con diverse (e non incon-

[93] Cfr. P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici, a cura di Norberto Bobbio*, vol. II, *Discorsi parlamentari e di politica costituzionale*, Firenze, 1966, p. 461; U. Natoli, *La proprietà: appunti delle lezioni*, I, II ed., Milano, 1976, p. 185; C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 61-62; S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, 2013, pp. 175 ss., pp. 273 ss.

[94] C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 27-28.

[95] S. Rodotà, *Art. 42*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione: rapporti economici*, t. II, Bologna, Roma, 1982, p. 191.

troverse) posizioni nella gerarchia delle fonti del diritto, in senso parzialmente "restauratore" di una visione più liberale, le influenze del diritto dell'Unione Europea[96] (con particolare riguardo all'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e quelle dell'articolo primo del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con le relative vie di tutela giurisdizionale[97].

B. *Osservazioni conclusive: diritto di superficie e istanze costituzionali in tema di proprietà*

Gettato uno sguardo agli orientamenti della nostra Costituzione in tema di proprietà, è il momento di tornare sul tema del diritto di superficie, a partire dalla questione se l'istituto in discorso si ponga, rispetto a tali orientamenti, come neutro, come avverso oppure come favorevole. Da tutto quanto scritto fino a questo momento, gli indizi convergono decisamente verso l'ultima risposta. Si è più volte tornati sulla *ratio* economico-sociale del diritto di superficie e sulle istanze di dissociazione giuridica dell'immobile che sono alla sua base. Pur nella varietà di modelli esaminati, si è complessivamente individuato il filo conduttore della superficie – sin dalla comparsa larvata in una fase già matura della società romana, alla decisiva immersione, restandone intriso, nell'afflato comunitario e solidaristico della concezione germanica delle situazioni di appartenenza, fino, da ultimo, alle esperienze d'importazione in sistemi continentali del *community land trust* – nella manifestazione di un principio giuridico del lavoro, opposto e antitetico rispetto a un rivale principio dell'acquisto della proprietà dell'opera, costruzione o piantagione in virtù di un astratto rapporto di preminenza tra cose, che fa del suolo il bene principale e di quanto vi si trovi sopra o sotto l'accessorio. Proprio il lavoro in quanto tale è accolto e trova uno spazio amplissimo nel testo costituzionale,

[96] A dispetto della teorica indifferenza dei trattati europei per il regime di proprietà esistente negli Stati membri di cui all'articolo 345 TFUE.

[97] V. A. Iannarelli, *Proprietà e beni: saggi di diritto privato*, Torino, 2018, p. 90.

addirittura come elemento fondante dell'intera costruzione[98], in quanto già l'articolo 1 proclama che l'"Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro". La centralità della vocazione lavoristica della Costituzione riemerge ancora, in sede di principi fondamentali, nell'articolo 3, comma 2, in stretto legame con il principio di uguaglianza sostanziale, e nell'articolo 4, come riconoscimento di un diritto (e di un dovere) al lavoro di ogni cittadino e di un impegno attivo delle pubbliche autorità per rendere effettivo lo stesso. Il lavoro è ancora il filo conduttore di tutto il titolo III ("rapporti economici") della parte I ("diritti e doveri dei cittadini") della Costituzione, e, in esso, è tutelato in tutte le forme e applicazioni, in generale e nelle situazioni specifiche della donna e del minore lavoratori e con particolare riferimento, per esempio, alla retribuzione, alla durata massima della giornata lavorativa, al riposo settimanale e alle ferie, alla previdenza sociale, alla proprietà terriera, alla libertà sindacale e al diritto di sciopero, a un diritto a collaborare alla gestione delle aziende.

Tutto ciò getta luce sulla strutturale pertinenza costituzionale di un principio giuridico del lavoro, quale si manifesta anche nel diritto di superficie. Nelle figure in cui si articola oggi il diritto di superficie negli ordinamenti giuridici qui studiati, questa manifestazione deve intendersi in (almeno) due sensi. In un senso più lato, come strumento giuridico di realizzazione di una primazia del complesso dei fattori produttivi dinamici del lavoro e del capitale (e delle classi sociali che ne sono espressioni) rispetto al fattore statico e passivo della rendita fondiaria (e degli strati sociali che ne sono espressione), e quindi come ricerca di punti di equilibrio tra i diversi portatori d'interessi più attenti alle esigenze dei fattori attivi e produttivi: è il caso, per esempio, degli utilizzi francesi della proprietà di volumi o del *bail à construction* per ampliare il novero di dispositivi giuridici efficaci di cui si possono servire le imprese attive nel settore delle costruzioni per realizzare operazioni immobiliari complesse e

[98] Cfr. C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in L. Gaeta (a cura di), *Costantino Mortati e "il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, atti della giornata di studio, Milano, 2005, pp. 7 ss.

sofisticate, spesso molto sviluppate in tutte le tre dimensioni e con il concorso di molti soggetti pubblici e privati. In un senso più stretto, come strumento di realizzazione di una valorizzazione, attraverso archetipi del diritto civile, di alcune istanze di solidarietà sociale specificamente espresse dalle classi lavoratrici, in particolare nel settore dell'alloggio: è il caso, per esempio, di quelle locazioni reali francesi aventi un'innata e ineliminabile connotazione sociale (*bail à réhabilitation*, *bail réel immobilier*, *bail réel solidaire*), da ultimo giunte a ibridarsi con il modello di *common law* del *CLT*, nonché delle esperienze anche belghe e (in maniera altalenante) italiane di utilizzo del diritto di superficie nel quadro delle politiche abitative urbane.

In ogni caso, poiché il diritto di superficie dà luogo ad assetti delle situazioni di appartenenza in tali modi variamente improntati a un principio giuridico del lavoro, esso appare, nella sfera del diritto privato, come uno strumento particolarmente idoneo alla realizzazione del progetto costituzionale ibrido in tema di proprietà, che, senza negare un ruolo alla proprietà individuale, ne esalta la dimensione dinamica e produttiva e ne consacra la funzione sociale e l'intento di renderla accessibile a tutti. La Costituzione italiana esprime pertanto un delicato equilibrio tra lavoro, profitto e rendita, rispetto al quale, per quanto riguarda l'ambito delle situazioni di appartenenza, il diritto di superficie è un laboratorio di sperimentazione plurisecolare a cui attingere, in grado di offrire soluzioni accennate nel tardo diritto romano, arricchite dal solidarismo di matrice germanica, mutate e consolidatesi nei secoli dello *ius commune* e infine sopravvissute vittoriosamente, non senza contrasti, all'individualismo dominicale della fase delle codificazioni ottocentesche. Per tutte queste ragioni, ogni iniziativa tanto di riforma, quanto, nel frattempo, di rilettura in senso costituzionalmente orientato, alla luce della proclamata funzione sociale, delle regole in tema di proprietà del nostro diritto civile[99] può rinvenire nel diritto di super-

[99] Per tali prospettive di rilettura in chiave costituzionalistica dell'istituto proprietario, v., in particolare, S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, pp. 274 ss.; S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp. 1252 ss.; più recente, dello stesso Autore, *Il*

ficie un candidato ideale a fungere da tassello importante della costruzione giuridica e difficilmente può prescinderne.

Vi è ora da chiedersi come, in concreto, possa attuarsi questa valorizzazione costituzionalmente orientata del diritto di superficie, istituto in riferimento a cui in Francia la dottrina sta prendendo coscienza delle ampie potenzialità proprio a ridosso del crinale tra diritto privato e pubblico[100]. Alcune proposte sono state già avanzate nel corso del saggio. Proprio in un'ottica di favorire il completo dispiegarsi delle potenzialità della superficie, in un pieno riconoscimento della sua fisionomia complessa di diritto reale di godimento sul suolo altrui da cui consegue un diritto di proprietà sulla costruzione, si è allora ritenuto in questa trattazione di aderire alla visione bipartita della superficie in Italia, espungendo la problematica figura della proprietà separata, non corredata di un diritto sul suolo. Al tempo stesso, si è suggerito, guardando all'esperienza francese con interesse ma senza intenti d'imitazione servile, di rinsaldare i legami storicamente formatisi, da un lato fra diritto di superficie e diritto di enfiteusi, dall'altro fra diritto di superficie e locazioni fondiarie, in ambo i casi l'istituto superficiario esercitando una funzione ancillare rispetto all'altro diritto, reale o personale. *De iure condito*, sempre a voler evitare di ricadere nel gorgo della

terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni, Bologna, III ed., 2013; U. Natoli, *La proprietà: appunti delle lezioni*, I, II. ed., Milano, 1976, pp. 178 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 492 ss.; C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994; A. Quarta, *La polvere sotto il tappeto. Rendita fondiaria e accesso ai beni comuni dopo trent'anni di silenzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 253 ss.; M.R. Marella, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 551 ss.; A. Lucarelli, *Beni comuni e funzione sociale della proprietà. Il ruolo del comune*, in L. Sacconi, S. Ottone (diretto da), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, pp. 111 ss.; v. anche P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 37 ss.; per diverse letture interpretative del complesso compromesso costituzionale in materia di proprietà, cfr., *ex ceteris*, A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 465 ss.; v. anche A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 161-207; ancora, per una posizione intermedia tra chi rivendica il potenziale di rottura della funzione sociale quale costituzionalizzata e chi ne afferma una natura essenzialmente declamatoria, v. U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, pp. 109 ss.

[100] J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, in J. Ghestin (sotto la direzione di), *Traité de droit civil*, II ed., Parigi, 2010, p. 339.

teoria di un'autonoma proprietà separata, pur riprendendone alcune ispirazioni, uno spunto per la nostra dottrina e giurisprudenza potrebbe risiedere nella recezione e nell'adattamento della teoria belga della superficie-conseguenza, riscontrando quindi la presenza di un diritto di superficie nelle più variegate ipotesi di deroga al principio dell'accessione immobiliare, ma riconoscendo al tempo stesso che, oltre alla superficie quale specificamente regolata dagli articoli del Codice come un "ordinario" diritto reale, possa pure costituirsi un "altro" diritto di superficie, ancillare a un diverso diritto reale o personale sul suolo e di volta in volta conformato dalla fisionomia del diritto principale. In presenza di un tale diritto di superficie-conseguenza, le regole codicistiche in tema di superficie potrebbero essere applicate solo in quanto compatibili con lo specifico assetto realizzato. La non uniformità degli orientamenti ricostruttivi, quali si sono via via variamente manifestati in Italia, può però rendere consigliabile un intervento del legislatore: potrebbe allora specificarsi nel testo del Codice, specialmente nella disciplina dell'enfiteusi (ma anche dell'usufrutto e delle servitù per le opere effettuate sul fondo servente) e della locazione, che le addizioni realizzate dal titolare di tali diritti reali o personali sul suolo a esso spettano in proprietà temporanea, fatto salvo il titolo contrario. Si potrebbe altresì precisare nell'articolo 952 che le norme dettate in tema di superficie sono applicabili quando la superficie sia conseguenza di un altro diritto personale o reale sul suolo solo in quanto compatibili con il regime del diritto costituito a titolo principale; e chiarire all'articolo 954 che il diritto di superficie-conseguenza si estingue, di regola generale, con il diritto principale, salva diversa indicazione del titolo. L'estinzione del diritto di superficie-conseguenza potrebbe poi essere normata più specificamente tra le disposizioni dedicate al diritto di volta in volta sussistente a titolo principale, bilanciando per esempio in caso di cessazione anticipata del diritto principale gli interessi del proprietario del suolo con quelli del proprietario superficiario avente causa del conduttore, enfiteuta, usufruttuario, ecc., nonché gli interessi dei possibili creditori dei soggetti coinvolti. Per le ipotesi di diritto di superficie-conseguenza, una regolamentazione, volta a garantirne un'efficace circolazione giuridica, dovrebbe essere inoltre

disposta in tema d'ipoteca e di pubblicità immobiliare. Infine, anche all'inizio della disciplina del condominio negli edifici, si potrebbe precisare che le regole della superficie sono applicabili in quanto non derogate dalle norme specificamente dettate; e si potrebbe valutare l'opportunità di mantenere la regola dell'articolo 1127, laddove si potrebbe fare semplicemente – come risulterebbe forse più equo – del diritto di sopralzo una delle parti comuni tra i condomini, quando essi risultino anche i titolari del suolo.

Se da un lato, quindi, la messa in valore del diritto di superficie come strumento a disposizione della volontà delle parti per regolare i loro interessi già può rispondere a un pregevole intento di costituzionalizzazione del diritto privato volto a permeare lo stesso delle istanze solidaristiche e lavoristiche fatte proprie dalla suprema fonte del nostro ordinamento, dall'altro lato un suo impiego anche in branche del diritto a impronta pubblicistica e sociale, per realizzare direttamente esigenze d'interesse generale, può essere a sua volta ampiamente auspicabile. L'intervento del legislatore, con le valutazioni politiche a esso spettanti, risulterebbe in questo caso non solo utile, ma persino indispensabile per definire gli interventi d'ingegneria normativa a cui il diritto di superficie si può candidare, come vediamo in atto nel modello francese, a fungere da struttura giuridica portante, di volta in volta conformato secondo gli obiettivi prescelti. I campi in cui la superficie può avere più da offrire all'interesse generale, soddisfacendo in maniera potenzialmente efficace bisogni esistenti, in maniera conforme al disegno costituzionale di solidarietà sociale e di presenza pubblica nell'economia, sembrano essenzialmente quelli suggeriti dall'ordinamento d'oltralpe e che ivi trovano il più ampio sviluppo: la valorizzazione della proprietà pubblica, la realizzazione del diritto all'abitazione[101] e, in qualche misura, il governo del territorio. Si è osservato come, in

[101] Sul rilievo costituzionale del diritto all'abitazione, desunto in via sistematica, in carenza di un esplicito appiglio testuale, da una serie di disposizioni della Carta (artt. 2 e 3, secondo comma, 32, 14, 4, 9, 30, 31, 36, 37, nonché, naturalmente, l'art. 47), v., da ultimo, A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, pp. 903 ss.

tema di edilizia residenziale pubblica, il nostro legislatore abbia dapprima investito e poi, in un'ottica di contenimento e dismissione dell'intervento nel settore, disinvestito dalle potenzialità del diritto di superficie. L'evidente attualità – e, probabilmente, l'aggravamento, anche sotto la pressione delle crisi migratorie – della questione abitativa in Italia e il permanere di asimmetrie e di speculazioni nel mercato immobiliare che, oltre ai gravi fenomeni di corruzione diffusi in tale ambito, tendono spesso ad arricchire pochi a danno di molti, potrebbero fornire validi motivi di riflessione per una messa in discussione delle ultime scelte e per un nuovo piano d'intervento pubblico nel settore. Assetti caratterizzati dalla proprietà pubblica del suolo e dalla proprietà privata temporanea degli alloggi mantengono tutta la loro attualità e anzi la possono accrescere in una fase storica di maggiore mobilità geografica dei nuclei familiari. L'esempio del *bail réel solidaire* di una durata del diritto "ricaricabile" a ogni cessione può, in alcuni modelli di edilizia residenziale, fornire suggerimenti utili per ridurre l'impatto psicologico negativo di una proprietà temporanea senza mettere in discussione la pubblicità dei suoli e l'aspettativa, anche di lunghissimo periodo, di un ritorno dell'alloggio nel patrimonio della collettività in vista di una sua nuova assegnazione. Anche il *bail à réhabilitation* offre spunti d'interesse innegabile, nella drammatica frequenza pure in Italia di situazioni in cui a una carenza di abitazioni disponibili a un prezzo accessibile alle fasce popolari e agli studenti si accompagna una condizione di rovina e di abbandono di molti immobili urbani. Ancora, sulla scia delle esperienze già sperimentate anche in vari paesi di *civil law*, a parere di chi scrive potrebbe essere giunto il momento di fare tesoro pure in Italia degli insegnamenti virtuosi del modello del *community land trust*, recependo lo stesso in un intervento normativo che coniughi le specificità del nostro modello giuridico e delle concrete esigenze di accesso a un alloggio nel nostro Paese con le più consolidate esperienze internazionali di dissociazione del suolo dal soprassuolo nel quadro di progetti di *housing* sociale, con il possibile intervento di soggetti di diritto pubblico e di diritto privato, ma in ogni caso in una cornice giuridica idonea a sottrarre l'operazione a ogni interesse speculativo e a garantire

l'effettiva realizzazione dell'intento di autogestione democratica e partecipativa che è alla base dell'idea stessa del *CLT*.

Quanto a una migliore valorizzazione del patrimonio pubblico, si è visto come anche in Italia sia diffusa, almeno secondo la maggior parte delle interpretazioni, l'instaurazione di un diritto di superficie su suoli pubblici. Le tante incertezze con cui si sono confrontate con esiti alterni la dottrina e la giurisprudenza possono consigliare, come da tempo sta facendo il legislatore francese, una positivizzazione delle regole concernenti il diritto di superficie su suoli di proprietà pubblica. Alcuni principi di ordine generale potrebbero trovare posto nel testo del Codice civile, a partire dall'esplicitazione della sottoposizione pure di tali rapporti alle regole codicistiche in quanto compatibili con le norme speciali di riferimento, anche per quanto concerne le modalità e i limiti di circolazione del diritto e le modalità e le conseguenze della sua estinzione. Gli specifici *corpora* normativi (in materia d'impianti elettrici, ferroviari, tranviari, di demanio marittimo, aeronautico, stradale, di acque pubbliche, beni culturali, impianti sportivi, ecc.), secondo gli interessi pubblicistici di volta in volta coinvolti, potrebbero modellare il diritto di superficie conferito con regole integrative o derogatorie di dettaglio, in un adeguato coordinamento fra le norme di ordine generale e speciale e il tutto con le regole della commessa pubblica. Il modello della locazione enfiteutica amministrativa – nella sua attitudine a curvare secondo il preminente interesse pubblico in gioco il sofisticato trinomio francese di un diritto personale di godimento, un diritto reale di enfiteusi e un diritto reale di superficie – merita a sua volta un'attenzione particolare e, per fare un esempio tra tanti possibili, ragionevolmente adattato, potrebbe trovare in Italia una particolare utilità al fine di restaurare e manutenere opere di valore storico, artistico e culturale che, quando non rientrano tra le più note e celebrate mete turistiche, restano troppo spesso abbandonate a se stesse con potenziali danni irreparabili per la posterità. Se è vero che in questi settori un diretto intervento, continuo e puntuale, delle autorità preposte, con la dovuta copertura finanziaria, a tutela del solo interesse generale, sarebbe, a parere di chi scrive, la soluzione ottimale, nel frattempo, nel perdurare di politiche di spesa non

sempre attente ai bisogni di una salvaguardia capillare dell'enorme patrimonio culturale e paesaggistico della Nazione, un quadro normativo speciale ben definito nella determinazione dei diritti e degli obblighi delle parti potrebbe favorire la stipula di concessioni superficiarie *ad meliorandum* in cui il concessionario, pagando un canone o *solarium* commisurato all'entità dei lavori da svolgervi, si prende carico della ristrutturazione e della successiva tenuta in buono stato di un'opera e, godendo temporaneamente di una situazione proprietaria su di essa – conformata e strettamente vincolata in virtù dell'interesse pubblico presente e della funzione economica dell'operazione convenuta – può sfruttarla economicamente, per esempio con attività turistiche, fino allo scadere del contratto, dopo cui la collettività, rimasta proprietaria del suolo, riacquisterà anche la piena titolarità della costruzione, con le migliorie apportate. Anche la realizzazione di piscine, campi sportivi e altre infrastrutture durevoli su suoli pubblici potrebbe essere effettuata da privati nel quadro di convenzioni superficiarie *ad meliorandum*, che garantiscano al soggetto pubblico non solo l'introito del canone, ma anche l'acquisizione alla collettività, dopo un ragionevole numero di anni, dell'opera, tenuta in buono stato di manutenzione.

In definitiva, molte sono le possibilità che, nella sua estrema flessibilità, pure in Italia la superficie, congiuntamente o disgiuntamente dall'enfiteusi, potrebbe offrire agli operatori del diritto, nell'ambito di rapporti esclusivamente privatistici o in segmenti di normativa improntati a una presenza immediata d'interessi di ordine generale. Vari di questi schemi potrebbero in ogni caso candidarsi alla realizzazione, diretta o indiretta, di bisogni sociali di rilievo costituzionale. Comunque, un intervento del legislatore risulterebbe giovevole e, in alcuni settori, imprescindibile; d'altronde, come opportuno in un sistema democratico, a esso, rappresentativo della volontà generale, spetterà in ultimo la valutazione se, come, quando e quanto investire su questo strumento di valorizzazione del principio del lavoro, dalle antiche radici, che tanti interessanti sviluppi ha avuto al di là delle Alpi. Compito della dottrina è nel frattempo fornire agli operatori del diritto, al dibattito democratico e, in definitiva, al legislatore, gli strumenti di cui essi possono servirsi per far

fronte a istanze effettive della società, tanto più quando esse afferiscono al disegno e ai valori costituzionali: nella consapevolezza che il presunto torpore della disciplina degli immobili è ai nostri tempi piuttosto un pregiudizio d'inamovibilità che una realtà positiva e attuale, anche questa branca del diritto trovandosi a dover governare – secondo canoni di giustizia, di efficacia e di certezza che concretizzino e sviluppino i valori fondanti che emergono dal patto costituzionale – realtà economico-sociali in rapido mutamento.

Bibliografia

Comment. The Long Term Ground Lease: a survey, in *Yale Law Journal*, 1939, vol. 48, pp. 1400-1414.

Codice civile: testo e relazione ministeriale, Roma, 1943.

Dizionario Garzanti della lingua italiana, ed. minore, Milano, 1966.

Enciclopedia universale Rizzoli Larousse, v. XIV, Milano, 1971.

Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007.

Application du taux de TVA de 5,5 % aux livraisons de biens construits sous bail réel solidaire, in *JCP N*, 2017, *Dossier fiscal*, n. 1080.

Désignation du redevable de la taxe foncière en cas de bail réel solidaire et institution d'un abattement facultatif de 30 %, in *JCP N*, 2017, *Dossier fiscal*, n. 1084.

Régime des baux réels solidaires au regard des droits d'enregistrement, in *JCP N*, 2017, *Dossier fiscal*, n. 1056.

Le petit Robert de la langue française, Parigi, 2018.

H. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Parigi, 1957.

M.-J. Aglaé, *Division en volumes et propriété privée sur le domaine public,* in *RDI*, 1993, pp. 313-334.

R. Agrawal, *The New Abu Dhabi Strata Law*, in *Court Uncourt*, 2016, n. VI, pp. 2-4.

B. Akkermans, W. Swadling, *Types of Property Rights – Immovables and Movables (Goods)*, in S. Van Erp, B. Akkermans, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2012, pp. 211-364.

B. Akkermans, *The* numerus clausus *of property rights*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 100-120.

R. Albano, v. G. Pescatore, R. Albano

M. Allara, La *proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, 1930, I, pp. 69-91.

M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V ed., Torino, 1958.

G. Alpa, v. G. Branca, G. Alpa

G. Alpa, *Parcheggio, posteggio, posto-auto*, in *Contratto e impresa*, 1987, pp. 585-603.

G. Alpa *et alii* (a cura di), *Il* Draft Common Frame of Reference *del diritto privato europeo*, Padova, 2009.

M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, II: diritto amministrativo speciale*, t. II, II ed., Milano, 2003, pp. 1705-1787.

C. Atias, *Droit civil : les biens*, XI ed., Parigi, 2011.

C. Atias, *Copropriété et division en volumes, note sous Cass. 3e civ.*, *18 janv. 2012, n. 10-27396*, in *AJDI*, 2012, pp. 276-279.

C. Atias, *Guide de la propriété en volumes immobiliers*, Aix-en-Provence, 2012.

C. Atias, *Menace sur la division en volumes?*, in *Rép. Defrénois*, 2012, n. 20, pp. 1003-1008.

C. Atias, *Copropriété des immeubles bâtis*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2014.

J.-P. Attard, *Dissociation de la propriété du sol et du logement: transposition des pratiques des community land trusts aux activités de l'établissement public foncier d'Île de-France*, Parigi, 2012, <http://www.socioeco.org/bdf_fiche-document-5432_fr.html>.

J.-P. Attard, *Un logement foncièrement solidaire: le modèle des community land trusts*, in *Mouvements*, 2013/2, n. 74, pp. 143-153.

Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897.

Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V ed. rivista e aggiornata da G. Rau, Ch. Falcimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. V, Parigi, 1907.

J.-B. Auby *et alii*, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, X ed., Issy-les-Moulineaux, 2015.

F. Ausseur, *Les ouvrages immobiliers complexes: les assurances*, in *RDI*, 1999, pp. 546-550.

L. Aynès, v. P. Malaurie, L. Aynès

M. Azoulai, *Le droit de copropriété par appartements*, thèse Paris, 1956.

G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947.

L. Barassi, *I diritti reali limitati: in particolare, l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947.

L. Barassi, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951.

L. Barassi, *Diritti reali e possesso*, I: *I diritti reali*, Milano, 1952.

L. Barbera, *Palco (diritto di)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, pp. 583-591.

D. Barbero, *Osservazioni sul titolo secondo: della proprietà*, in *Osservazioni intorno al secondo libro del progetto di codice civile (agosto 1937-XV)*, Milano, 1938, pp. 63-102.

D. Barbero, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952.

A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004.

P. Barcellona, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. disc. priv.*, *sezione civile*, XV, Torino, 1997, pp. 456-468.

C. Bargeton, S. Dyens, *Du neuf avec du vieux ? Pour un renouveau du bail à réhabilitation*, in *RLCT*, 2012, n. 80, pp. 53-56.

M. Barré-Pepin, *L'accession différée à la propriété du terrain: bail à construction et pass foncier*, in *Droit et ville*, 2009, n. 68, pp. 205-222.

A. Bartolini, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 2007, pp. 302-315.

M. Basile, *Diritti e doveri dei condomini*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, pp. 221-305.

E. Bassanelli, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, in *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario*, vol. II, Milano, 1954, pp. 599-620.

G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905.

S. Bellomia *et alii* (a cura di), *Proprietà e pianificazione del territorio*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. IV, Milano, 2012.

G. Benacchio, *Del condominio negli edifici*, Padova, 1964.

G. Benetti, *La donazione di diritti*, in G. Bonilini (diretto da) *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, VI: *Le donazioni*, Milano, 2009, pp. 463-597.

J.-L. Bergel, *Acquisition et protection de la propriété et des droits réels, note sous Cass. 3e civ., 9 févr. 1982*, in *RDI*, 1983, p. 201.

J.-L. Bergel, *L'accession différée en matière immobilière*, in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Parigi, 2007, pp. 17-28.

J.-L. Bergel, *Servitudes et autres droits réels spéciaux*, in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009, pp. 85-93.

J.-L. Bergel *et alii*, *Les biens*, in J. Ghestin (sotto la direzione di), *Traité de droit civil*, II ed., Parigi, 2010.

J.-L. Bergel, *Droits réels de jouissance et valorisation des biens: les propositions de réforme du droit des biens*, in *Droit civil, civilité des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Mouralis*, Aix-en-Provence, 2011, pp. 19-27.

J.-L. Bergel, *Le droit réel de jouissance spéciale est distinct du droit d'usage et d'habitation et aucune disposition légale ne limite sa durée à trente ans*, in *RDI*, 2016, pp. 598-600.

N. Bernard *et alii*, *Coopératives de logement et* Community Land Trusts, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2010, n. 28 (n. 2073), pp. 5-52.

N. Bernard, *L'emphytéose et la superficie comme pistes de solution à la crise du logement ou «c'est dans les vieilles casseroles…»*, in *Les échos du logement*, 2010, n. 1, pp. 1-11.

N. Bernard *et alii*, *Les* Community land trusts: *une réponse (acquisitive) innovante face à la crise du logement*, in *Les cahiers de l'urbanisme*, 2011, n. 78, pp. 91-100.

R. Bernhardt, A.M. Burkhart, *Real Property in a Nutshell*, VI ed., St. Paul, 2010.

C. Beroujon, *Entre droits réels et personnels: la concurrence des prérogatives sur l'immeuble urbain au XIXe siècle*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 115-147.

J.-P. Bertrel, *L'accession artificielle immobilière: contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie*, in *RTD civ.*, 1994, pp. 737-775.

J.-P. Bertrel, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Droit et patrimoine*, 1994, n. 21, pp. 44-55.

M. Bessone, M. Di Paolo, *Superficie (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993.

E. Besta, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933.

F. Bettini, *Long Leases and Affordable Housing: A Comparative Analysis of French and English Law*, in B. McFarlane, S. Agnew (a cura di), *Modern Studies in Property Law*, vol. 10, Oxford, Portland, 2019, pp. 225-239.

Ch. Beudant *et alii*, *Cours de droit civil français*, t. IV: *les biens*, II ed., Parigi, 1938.

Ch. Beudant *et alii*, *Cours de droit civil français*, t. XI: *la vente, le louage des choses*, II ed., Parigi, 1938.

M. Bianca, *Diritto civile*, VI: *la proprietà*, Milano, 1999.

F.S. Bianchi, *Corso di codice civile italiano*, Torino, 1895.

B. Biondi, *Le donazioni*, Torino, 1961.

B. Biondi, *Le servitù*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1967.

I. Birocchi, M.C. Lampis, *Superficie (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1464-1471.

M. Blaffart *et alii*, *Le développement de Community Land Trust à Bruxelles*, 2012, <http://www.lema.ulg.ac.be/urba/Cours/Cas/1112/étude%20de%20cas2_CLT_BLAFFART-LOISEAU-WEBER.pdf>.

C. Blondin, *Coup de canon sur l'emphytéose!*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2014, n. 94, pp. 21-23.

B. Boccara, *La concession immobilière*, in *JCP*, 1969, I, *Doctrine*, n. 2245.

C. Boismain, *Les contrats relationnels*, 2005, Aix-en-Provence.

R. Bombreault, v. C. Destame, R. Bombreault

P. Bonaccorsi, v. M. Pallottino, P. Bonaccorsi

P. Bonfante, *Diritto romano*, Firenze, 1900.

P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. II: *La proprietà*, I, Roma, 1926.

B. Boniface, *Une technique de gestion des biens du mineur: le bail à construction*, in *Rép. Defrénois*, 1995, I, pp. 475-479.

A. Boquet, v. D. de Lataulade, A. Boquet

C. Bosgiraud-Stephenson, *Le bail à réhabilitation*, in *RDI*, 1991, pp. 19-27.

H. Bosse-Platière *et alii*, *Droit rural: entreprise agricole, espace rural, marché agricole*, Parigi, 2013.

F. Boulanger, *Un des nouveaux aspects des « métamorphoses » du droit du bail: la concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967*, in *D.*, 1968, *Chronique*, pp. 99-102.

J. Boulanger, v. G. Ripert, J. Boulanger

J.-L. Bourgois, *Étude de cas sur l'utilisation du bail à construction*, in *Droit et patrimoine*, 1996, n. 41, pp. 21-22.

J.-R. Bouyeure, *S.O.S. pour les baux à construction: à propos de l'art. 9 de la loi n. 77-1457 du 29 décembre 1977*, in *Gaz. Pal.*, 1978, II, *Doctrine*, pp. 364-365.

R.E. Boyer *et alii*, *The Law of Property. An introductory Survey*, IV ed., St. Paul, 1991.

G. Branca, *Acquisto "pro quota" dell'area con diritto parziale di sopraelevazione (nota a Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1971, n. 1674)*, in *Il foro it.*, 1971, I, cc. 2962-2966.

G. Branca, *Comunione, condominio negli edifici, art. 1100-1139*, VI ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1982.

G. Branca, *Servitù prediali*, *art. 1027-1099*, VI ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1987.

G. Branca, G. Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, VII ed., Bologna, 1992.

S. Brange *et alii*, *Genèse du bail réel immobilier et du bail réel solidaire: inspiration de la pratique étrangère et bilan des dispositifs existants*, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 7-11.

J. Brissé Saint Macary, *De l'accession artificielle immobilière: essai d'un fondement juridique rationnel*, thèse Bordeaux, 1929.

British Columbia Law Institute, *Report on Strata Property Law, Phase One*, 2012.

J.W. Bruce, J.W. Ely, Jr., *Cases and Materials on Modern Property Law*, III ed., in *American Casebook Series*, St. Paul, 1994.

B. Brugi, *Dell'enfiteusi*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, vol. II, II ed., Napoli, Torino, 1929.

N. Brutti, *L'istituto del condominio:* ratio *e caratteri distintivi*, in S. Sica (diretto da), *Il condominio*, Bologna, 2012, pp. 5-30.

A.M. Burkhart, v. R. Bernhardt, A.M. Burkhart

E.H. Burn, *Modern Law of Real Property*, XV ed., Londra, 1994.

E.H. Burn, J. Cartwright, *Modern Law of Real Property*, XVIII ed., Oxford, 2011, p. 181.

A. Butera, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, in *Delle servitù prediali*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte V, vol. III, Napoli, Torino, 1926.

P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici, a cura di Norberto Bobbio*, vol. II, *Discorsi parlamentari e di politica costituzionale*, Firenze, 1966, pp. 404-466.

E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 4, pp. 1080-1095.

G. Campanini, G. Carboni, *Nomen: il nuovissimo Campanini Carboni*, Torino, 1993.

A. Candian, *Conseguenze civilistiche del vincolo urbanistico di destinazione afferente i parcheggi: giurisprudenza e legislazione a confronto*, in *Quadrimestre*, 1990, pp. 104-116.

A. Candian, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990.

A. Candian, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv., sezione civile: aggiornamento*, Torino, 2000, pp. 735-741.

A. Candian, *Propriété*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – propriété – Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 2002, pp. 187-255.

H. Capitant, v. A. Colin, H. Capitant

H. Capitant, *Les notions fondamentales du droit privé, d'après le livre de M. Demogue*, in *RTD civ.*, 1911, pp. 729-741.

G. Carboni, v. G. Campanini, G. Carboni

J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4: *les obligations*, XXI ed., Parigi, 1998.

J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000.

L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950.

A. Carrozza, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, vol. I, Milano, 1965.

R. Carton de Tournai, A.J. Charlier, *Quelques considérations d'actualité sur l'emphytéose et la superficie*, in *Journal des tribunaux*, 1971, pp. 69-72.

J. Cartwright, v. E. H. Burn, J. Cartwright

A.J. Casner *et alii*, *American Law of Property: a Treatise on the Law of Property in the United States*, vol. I, Boston, 1952.

S. Cassese, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1967.

A. Castaldo, v. J.-P. Lévy, A. Castaldo

L. Castiglioni, S. Mariotti, *IL: Vocabolario della lingua latina*, III ed., Torino, 1996.

G. Casu, *In tema di trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà nei piani di zona*, Consiglio Nazionale del Notariato: Studio n. 2666 del 9 febbraio 2000, <http://elibrary.fondazionenotariato.it/approfondimento.asp?app=19/studicnn/2666gc&mn=3&tipo=3&qn=8>.

R. Caterina, v. R. Sacco, R. Caterina

R. Caterina, *Usufrutto e proprietà temporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, pp. 715-755.

R. Caterina, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2009.

G. Cattaneo, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, pp. 945-1004.

N. Centofanti, *Diritto di costruire, pianificazione urbanistica, espropriazione*, t. I, II ed., Milano, 2010.

N. Centofanti *et alii*, *Le convenzioni urbanistiche ed edilizie*, IV ed., Milano, 2012.

V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983.

P. Chambelland, v. P. Walet, P. Chambelland

P. Chambelland *et alii*, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, pp. 1217-1237.

P. Chambelland *et alii*, *Copropriété et grands ensembles, la construction en volumes*, in *AJPI*, 1981, pp. 688-716.

J.-C. Chaput, S. Rochegude, *De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier*, in *Rép. Defrénois*, 2007, I, pp. 573-580.

J.-C. Chaput, S. Rochegude, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, *103e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, pp. 337-517.

J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, pp. 1757-1773.

A.J. Charlier, v. R. Carton de Tournai, A.J. Charlier

M. Chauveau, v. G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau

M. Chauveau, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1931, pp. 539-612.

L. Chen, *The Making of Chinese Condominium Law. A Comparative Perspective with American and South African Condominium Laws*, Anversa, Oxford, Portland, 2010.

J. Chevallier, *Commentaire à la loi du 28 juin 1938, tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*, in *D.*, 1939, IV, pp. 73-90.

B. Chevreux, R. Léonetti, *Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 827.

A. Chianale, *Il diritto di superficie: epitomi giudiziarie ed occasioni perdute, nota a Cass. civ., sez. II, 13 febbraio 1993, n. 1844*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, I, cc. 1851-1858.

J. Chiffoleau, *Conclusion*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 309-325.

G.P. Chironi, *Diritto di superficie. Se esista nel diritto civile attuale*, in G.P. Chironi, *Studi e questioni di diritto civile*, II, Torino, 1914, pp. 131-134.

N.A. Cimmino, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Rivista del notariato*, 2003, I, pp. 1113-1144.

G. Clamour, *Investissement jurisprudentiel du BEA*, in *AJDA*, 2014, pp. 285-289.

A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Parigi, 1915.

A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, III ed., Parigi, 1921.

F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, X ed., Parigi, 2015.

M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni*, vol. VIII, t. I, Milano, 1980.

G. Cornu, *Droit civil – les biens*, XIII ed., Parigi, 2007.

R. Corona, *La "natura giuridica" del condominio*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, pp. 59-101.

C. Coutant-Lapalus, *Le bail réel solidaire*, in *JCP N*, *Immobilier*, 2018, n. 1217.

N. Coviello, *La superficie*, in *Archivio giuridico*, 1892, vol. 49, pp. 3-195.

N. Coviello, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, in *Il foro it.*, 1893, I, cc. 10-16.

J. Cumenge, *Imbrication dans l'espace de propriétés privées et publiques*, in *Tunnels et ouvrages souterrains*, 1974, pp. 251-260.

J. Dabin, *Une nouvelle définition de droit réel*, in *RTD civ.*, 1962, pp. 20-44.

J. Dabin, *Le droit subjectif*, Parigi, 2008 (riproduzione dell'originale del 1952).

M. Dagot, *La vente d'immeuble à construire*, Parigi, 1983.

F. Danos, *Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie*, in *Rép. Defrénois*, 2012, n. 21, pp. 1067-1073.

G. Daublon, *Droit de superficie et état descriptif de division*, in *Rép. Defrénois*, 2000, I, pp. 21-24.

M. Davey, *The Regulation of Long Residential Leases*, in *Modern Studies in Property Law*, vol. 3, Oxford, Portland (Oregon), 2005, pp. 203-224.

R. David, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015.

J.-F. Davignon, M. Poumarède, *Droit des biens immobiliers: la propriété temporaire au service du logement*, in *Droit et patrimoine*, 2015, n. 246, pp. 83-84.

J.E. Davis, *The Community Land Trust Reader*, Cambridge (Massachusetts), 2010.

L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, *La liberté de création des droits réels aujourd'hui*, in *D.*, 2013, *Études*, pp. 53-61.

P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 539-668.

A. de Cupis, *Brevi osservazioni sul diritto di edificare e sulla proprietà superficiaria*, in *Giustizia civile*, 1986, II, pp. 23-24.

A. de Cupis, *La proprietà superficiaria degli stabilimenti balneari*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, pp. 349-351.

A. de Cupis, *Usufrutto (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, pp. 1111-1124.

M. de Juglart, v. P. Ourliac, M. de Juglart

D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, in *Gaz. Pal.*, 1974, I, *Jurisprudence*, pp. 436-440.

F. De Martino, *Della proprietà*, in *Libro terzo, della proprietà, art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 118-452.

F. De Martino, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in R. Trifone, F. De Martino, *Libro terzo: della proprietà, art. 957-1026*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1978, pp. 158-360.

H. De Page, R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, *Les biens (deuxième partie)*, Bruxelles, 1953.

R. de Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, VII ed., Messina, 1934.

M. de Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *RTD civ.*, 1905, pp. 443-495.

A. De Vita, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea: analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969.

P. Déchelette-Tolot, *La division en volumes: vers la sortie du statut de la copropriété*, in *Administrer*, 2015, n. 491, pp. 19-25.

R. Dekkers, v. H. De Page, R. Dekkers

Y. Delacroix, N. Van Damme, *Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 (2ème partie)*, in *Journal des tribunaux*, 2015, pp. 245-258.

Ph. Delebecque, v. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque

A. Delfosse, *Bail à construction: le piège des plus-values*, in *JCP N*, 1994, *Doctrine*, pp. 246-248.

J.-P. Delmas-Saint-Hilarie, *De l'application de l'article 555 du Code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation*, in *RTD civ.*, 1959, pp. 411-455.

C.E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, t. II, Parigi, 1813.

P. Delvolvé, *Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques: l'incohérence*, in *RFDA*, 2010, pp. 1125-1132.

P. Delvolvé, *Le bail réel immobilier administratif*, in *RDI*, 2013, pp. 405-412.

R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé: essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Parigi, 1911.

C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, IV ed., Parigi, 1870.

C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XI: *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. I, V ed., Parigi, 1872.

J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, 1951.

C. Destame, R. Bombreault, *Pratique de l'état descriptif en volumes*, Parigi, 1995.

A. Di Majo, *Termine (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, pp. 187-221.

M. Di Paolo, v. M. Bessone, M. Di Paolo

M. Di Paolo, *Trasferimenti di cubatura d'area e «numero chiuso» dei diritti reali, nota a Cass. civ., sez. I, 25 ottobre 1973, n. 2743, Cass. civ., sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231*, in *Rivista del notariato*, 1975, II, pp. 547-552.

N. Di Prisco, *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979.

A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, in *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, pp. 367-416.

M. Dixon, *Modern Land Law*, VIII ed., Londra, New York, 2012.

M. Dogliotti, A. Figone, *La locazione: disciplina generale – Le locazioni abitative*, Milano, 1993.

K. Douglas *et alii*, *Conflict in Strata Title Developments: The Need for Differentiated Dispute Resultion Rules*, in *Adelaide Law Review*, 2016, pp. 163-189.

W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse Nancy II, 2000.

W. Dross, B. Mallet-Bricout, *L'avant-projet de réforme du droit des biens: premier regard critique*, in *D.*, 2009, pp. 508-514.

W. Dross, *Droit des biens*, II ed., Issy-les-Moulineaux, 2014.

W. Dross, *Que reste-t-il de l'arrêt Maison de Poésie?, note sous Cass. 3e civ., 28 janv. 2015, n. 14-10013*, in *RTD civ.*, 2015, pp. 413-416.

W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, comm. à artt. 551-553*, 2017.

L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Parigi, 1912.

B. Dumas, M.-H. Louvel, *Investissement et valorisation*, in *Petites affiches*, 1997, n. 49, pp. 43-45.

F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse Lyon III, 2001.

A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, II ed., Parigi, 1828.

B. Dusi, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, VII ed., Torino, 1985.

F.C. Dutilleul, v. L. Lorvellac, F.C. Dutilleul

J.-B. Duvergier, v. C.-B.-M. Toullier, J.-B. Duvergier

S. Dyens, v. C. Bargeton, S. Dyens

J.W. Ely Jr., v. J.W. Bruce, J.W. Ely Jr.

Y. Emerich, *La propriété des créances: approche comparative*, Parigi, 2007.

Y. Emerich, *Droit commun des biens: perspective transsystémique*, Montreal, 2017.

J. Engelbrecht, *Acquisition and Ownership of Real Property in Australia (South Australia, Victoria, Western Australia, Queensland, Tasmania, New South Wales)*, in *International Legal Practictioner*, 1979, pp. 113-126.

P.-Y. Erneux, *L'habitat groupé et le droit*, in *Revue pratique de l'immobilier*, 2017, n. 1, pp. 229-262.

P. Esmein, *Note sous Cass. 1re civ., 1 déc. 1964*, in *JCP*, 1965, *Jurisprudence*, n. 14213.

K. Everton-Moore *et alii*, *The Law of Strata Titles in Australia. A Jurisdictional Stocktake*, in *Australian Property Law Journal*, 2006, pp. 1-35.

R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in *Coutume, usages et pratiques: disputatio magistrorum et scholarium argentorati*, Parigi, 2015, pp. 27-46.

O. Faron, *À propos de la modernité de l'emphytéose*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 9-14.

O. Faron, *Sur les formes de propriété dissociée à l'époque contemporaine (Milan, XIXe siècle)*, in O. Faron, E. Hubert (a cura di), *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, Roma, 1995, pp. 101-113.

E. Fatôme, P. Terneyre, *Actualité du domaine public: la loi du 25 juillet 1994, observations complémentaires*, in *AJDA*, 1994, pp. 780-785.

E. Fatôme, P. Terneyre, *Droits réels sur le domaine public de l'Etat: clarification ou multiplication des interrogations?*, in *AJDA*, 1995, pp. 905-918.

E. Fatôme, M. Raunet, *Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif: le BEA de valorisation*, in *AJDA*, 2010, pp. 2475-2483.

M. Faure-Abbad, v. G. Vermelle, M. Faure-Abbad

M. Faure-Abbad, *La propriété d'un volume*, in *Le proprietà/Les propriétés: dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers*, Napoli, 2015, pp. 153-173.

E. Favara, *Enfiteusi*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1964, pp. 538-553.

F. Felis, *Superficie e fattispecie atipiche*, in *Contratto e impresa*, 2011, pp. 632-655.

F. Ferrara, *Diritto di macchiatico e superficie (commento a Cass. civ., sez. II, 5 luglio 1929)*, in *Il foro it.*, 1929, I, cc. 1041-1054.

F. Ferrara, *La superficie delle piantagioni*, in *Rivista di diritto agrario*, 1941, I, pp. 113-140.

A. Ferrari, *Il condominio in generale*, in A. De Renzis *et alii*, *Trattato del condominio*, III ed., Padova, 2008, pp. 1-106.

G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

G.B. Ferri, L'Avant-projet *dell'*Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens *e l'attualità del «modello» codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2011, pp. 537-570.

A. Figone, v. M. Dogliotti, A. Figone

F. Filomusi Guelfi, *Della superficie*, in *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, pp. 239-245.

A. Flessner, v. H. Kötz, A. Flessner

V. Forti, *La titrisation des créances en droit comparé: contribution à l'étude de la propriété*, Clermont-Ferrand, 2012.

N. Foulquier, *Copropriété et domanialité publique, les précisions de la Cour de Cassation, note sous Cass. 1re civ., 25 févr. 2009*, in *RDI*, 2009, pp. 359-560.

A. Fournier, H. Jacquot, *Un nouveau statut pour les occupants du domaine public*, in *AJDA*, 1994, pp. 759-779.

A. Fournier, *Division en volumes et copropriété: un lot de copropriété ne peut pas être divisé en volumes*, in *JCP N*, 1999, pp. 422-423.

L. Francario, *Nuove tecniche di intervento pubblico nell'economia: dalla tipizzazione alla trasformazione dei rapporti agrari*, in *Nuovo diritto agrario*, 1979, pp. 425-478.

E.E. Frank, *Le bail à très long terme: l'emphytéose*, in *Administrer*, 1988, n. 187, pp. 2-5.

E.E. Frank, *La concession immobilière*, in *Administrer*, 1989, n. 199, pp. 2-5.

E.E. Frank, *Le droit de superficie*, in *Administrer*, 1989, n. 201, pp. 4-5.

E.E. Frank, *Le bail à réhabilitation*, in *Administrer*, 1992, n. 232, pp. 2-4.

M. Franzì, *Sulla natura del diritto del locatario*, Napoli, 1949.

A. Frith, v. S. Garner, A. Frith

C.A. Funaioli, *Diritto di superficie «ad tempus»: nota a Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 1942, n. 462*, in *Il foro it.*, 1942, I, cc. 597-601.

C.A. Funaioli, *Intorno al concetto di realità e ai diritti di godimento su cosa altrui*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, pp. 253-267.

A. Fusaro, *Parcheggio*, in *Dig. disc. priv.*, *sezione civile*, XIII, Torino, 1995, pp. 253-259.

A. Fusaro, *Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, pp. 517-526.

A. Fusaro, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in A. Fusaro, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, II ed., Torino, 2017, pp. 355-365.

C.F. Gabba, *Della superficie in diritto italiano, commento a Cass. Roma, 9 dicembre 1896*, in *Giurisprudenza italiana*, 1897, cc. 689-698.

G. Gabrielli, *Diritto di superficie e pubblicità nei registri immobiliari e nei libri fondiari*, in *Vita notarile*, 2008, pp. 81-94.

F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I: *le categorie generali, le persone, la proprietà*, IV ed., Padova, 2004.

P. Gallo, *La superficie*, in P. Gallo, A Natucci (a cura di), *Beni, proprietà e diritti reali*, t. II, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2001, pp. 3-28.

P. Galluzzi, *Saggio di una teoria sul diritto di superficie nel nostro sistema positivo*, in *Il Filangieri*, 1904, pp. 881-911.

A. Gambaro, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.

A. Gambaro, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – propriété – Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 2002, pp. 3-183.

A. Gambaro, *I beni immateriali nelle riflessioni della Commissione Rodotà*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, Roma, 2010, pp. 65-69.

A. Gambaro, *Il supercondominio*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, pp. 103-117.

A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017.

S. Garner, A. Frith, *A Practical Approach to Landlord and Tenant*, III ed., Oxford, 2002.

S. Gauché, *Le Code civil et la propriété du sous-sol, histoire d'une ambiguïté*, in J.-L. Chabot, Ph. Didier, J. Ferrand (a cura di), *Le Code civil et les Droits de l'homme*, Condé-sur-Noireau, 2005, pp. 161-174.

Y. Gaudemet, *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, in *D.*, 1978, *Chronique*, pp. 293-300.

Y. Gaudemet, *Ouvrage complexe et domanialité publique*, in *RDI*, 1999, pp. 507-521.

Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public*, in *RDI*, 2009, pp. 8-15.

Y. Gaudemet, *La prise en compte des propriétés publiques*, in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009, pp. 49-60.

Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, Parigi, 2014.

F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015.

L.B. Geri, *Oneri reali e obbligazioni* propter rem, Milano, 1984.

A. Germanò, *Affrancazione di canoni enfiteutici e di altre prestazioni perpetue*, in *Noviss. dig. it.*, *Appendice*, I, Torino, 1980, pp. 128-137.

G. Giacobbe, M. Nardozza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998.

G. Giacobbe, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2003.

M.S. Giannini, *I beni pubblici, dispense delle lezioni del Corso di diritto amministrativo tenute nell'Anno Acc. 1962-63*, Roma, 1963.

M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, nuova edizione, Bologna, 1995.

Ch. Gijsbers, *La distinction de la propriété publique et de la domanialité publique*, in *Revue de droit d'Assas*, 2013, n. 8, pp. 44-54.

Ch. Gijsbers, *L'évolution contemporaine du droit de propriété en France,* in *Les piliers du droit civil: famille, propriété, contrat*, Parigi, 2014, pp. 139-159.

Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, Parigi, 2016.

S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960.

S. Ginossar, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, in *RTD civ.*, 1962, pp. 573-589.

M. Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.

M. Giorgianni, *Diritti reali (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, pp. 748-753.

E. Giovanelli, *L'enfiteusi*, in *Proprietà e diritti reali*. I: *Proprietà – Beni – Multiproprietà – Superficie – Enfiteusi*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2011, pp. 695-714.

F. Givord *et alii*, *La copropriété*, Parigi, 2010.

N. Gonzalez-Gharbi, *Une ébauche de régime fiscal pour le bail réel solidaire*, in *Constr.-Urb.*, 2017, n. 1, pp. 37-38.

W.M. Gordon, *Scottish Land Law*, Edimburgo, 1989.

G. Gorla, *L'accessione nel diritto civile italiano (contributo alla dottrina dei modi d'acquisto della proprietà)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1931, pp. 87-162.

G. Gorla, *Interessi e problemi della comparazione con la «common law»*, in *G. Gorla, Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 51-67.

A. Gosselin, L. Herve, *Du sort des constructions et aménagements immobiliers réalisés par l'occupant (2ème partie)*, in *Revue du notariat belge*, 2006, pp. 190-242.

A. Gosselin, L. Herve, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2007, n. 1, pp. 5-47.

G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Parigi, 1969.

G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, pp. 279-294.

J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Parigi, 1981.

C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983.

N. Grassano, *La cessione di cubatura*, in *Rivista del notariato*, 1992, I, pp. 1069-1090.

C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1936, I, pp. 345-378.

U. Grassi, *Il diritto di superficie come diritto «derogatorio»: questioni in tema di possesso*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 1136-1151.

N.P. Gravells, *Land Law*, IV ed., Londra, 2010.

K. Gray, *Property in Thin Air*, in *The Cambridge Law Journal*, v. 50, 1991, pp. 252-307.

K. Gray, S.F. Gray, *Elements of Land Law*, V ed., Oxford, 2009.

S.F. Gray, v. K. Gray, S.F. Gray

M. Graziadei *et alii*, *Commercial Trusts in European Private Law (The Common Core of Europen Private Law)*, Cambridge, 2005.

M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017.

M. Graziadei, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 71-99.

J. Grenier, *Traité des hypothèques*, IV ed., Bruxelles, 1833.

P.J. Grimes, v. J.H. Watson, P.J. Grimes

B. Grimonprex, *Note sous Cass. 3e civ., 14 nov. 2002, n. 01-13904*, in *JCP N*, 2003, n. 1310, pp. 695-697.

B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013.

P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006.

A. Guarneri, *Superficie*, in *Dig. disc. priv.*, *sezione civile*, XIX, pp. 206-228.

A. Guarneri, *La superficie, artt. 952-956*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile commentato*, Milano, 2007.

A. Guarneri, *Diritti reali e diritti di credito*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010, pp. 29-66.

A. Guarneri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, pp. 1-78.

A. Guarneri, D. Tessera, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, artt. 978-1026*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile commentato*, Milano, 2017.

C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, III ed., Parigi, 2011.

E. Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1934.

L. Guillouard, *Traité du contrat de louage: livre III, titre VIII du Code civil*, t. I, III ed., Parigi, 1891.

F. Hage-Chahine, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, in *RTD civ.*, 1982, pp. 705-743.

J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Parigi, 2008.

J. Han, *L'écart entre le droit d'usage du terrain et la propriété en droit chinois*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2016, pp. 1029-1039.

J. Hansenne, *La servitude collective: modalité du service foncier individuel ou concept original ?*, Liège, 1969.

J. Hansenne, *Les biens. Précis*, t. II, Liège, 1996.

C. Harrington, R. Seagrief (a cura di), *The Community Land Trust Handbook*, Londra, 2012.

D.C. Harris, *Owning and Dissolving Strata Property*, in *UBC Law Review*, 2017, pp. 935-969.

H. Hébraud, *La copropriété par appartements*, in *RTD civ.*, 1938, pp. 23-66.

L. Herve, v. A. Gosselin, L. Herve

H. Heugas-Darraspen, *Le prêt « pass foncier », vecteur principal de l'accession sociale à la propriété dans le neuf ?*, in *RDI*, 2009, pp. 384-401.

P. Hilt, *La date de l'effet de l'accession dans les baux immobiliers: plaidoyer pour l'accession différée*, in *JCP*, 2003, *Doctrine*, n. 183, pp. 2177-2184.

T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Parigi, 1893.

J. Hugot, *Un nouveau-né: le bail à réhabilitation*, in *JCP N*, 1990, *Doctrine*, pp. 217-230.

J. Hugot, C. Le Marchand, *Bail à réhabilitation: formule*, in *Constr.-Urb.*, n. 10, 2015, pp. 34-40.

C. Iacovino *et alii*, *La donazione*, Milano, 1996.

A. Iannarelli, *Proprietà e beni: saggi di diritto privato*, Torino, 2018.

A. Iannelli, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giurisprudenza di merito*, 1977, IV, pp. 740-744.

G. Iannuzzi, *L'art. 952, comma 2, c.c. e la costituzione del diritto di superficie, nota a Cass. civ., sez. II, 3 dicembre 1964, n. 2851*, in *Giustizia civile*, 1965, I, pp. 488-491.

G. Ingrosso, *Demanio*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, Torino, 1938, pp. 683-694.

C. Jamin *et alii*, *Les effets du contrat*, III ed., Parigi, 2001.

S.H. Johnson *et alii*, *Property Law: Cases, Materials and Problems*, in *American Casebook Series*, St. Paul, 1992.

L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, II ed., Parigi, 1932.

L. Josserand, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, in *Mélanges juridiques dédiés à M. Sugiyama*, Tokyo, 1940, pp. 95-110.

P. Jozon, *De la nature du droit du preneur*, in *Revue pratique de droit français*, t. XX, 1865, pp. 358-371.

P. Juen, *La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels*, in *RDI*, 2000, pp. 121-143.

T. Keang Sood, *Strata Title and Commonhold. A Look at Selected Aspects of the Singapore and English Legislation*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2008, pp. 420-434.

H. Kötz, A. Flessner, *European Contract Law*, vol. I: *Formation, Validity, Agency, Third Parties and Assignment*, Oxford, 1998.

S.F. Kurtz, H. Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, IV ed., in *American Casebook Series*, St. Paul, 2003.

J.-E. Labbé, *Note sous Cass. civ., 16 déc. 1873*, in *S.*, 1874, I, pp. 457-458.

J.-E. Labbé, *Note sous Cass. req., 27 avr. 1891*, in *S.*, 1891, I, pp. 369-370.

F. Labelle-Pichevin, *Servitudes collectives de droit privé: un aperçu général*, in C. Manson, Y. Tremorin, *Les servitudes collectives et la propriété privée*, Parigi, 2017, pp. 17-25.

M. Laborde-Lacoste, *La propriété immobilière est-elle une «fonction sociale»?*, in *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967, pp. 373-403.

J. Lafond, B. Stemmer, *Code de la copropriété*, Parigi, 1995.

J. Lafond, *Volumes et copropriété*, in *JCP N*, 2007, n. 1246

J. Lafond, J.-M. Roux, *Code de la copropriété 2017*, Parigi, 2016.

D. Lagasse, *La gestion active du domaine public, rapport n. 1: Contenu de l'autorisation d'occupation privative du domaine public: quels sont les droits et obligations de l'occupant privatif du domaine public?*, in *Administration publique: revue du droit public et des sciences administratives*, 2003, n. 2, pp. 87-111.

T. Lakssimi, *La* summa divisio *des droits réels et des droits personnels: étude critique*, Parigi, 2016.

T. Lamarche, *L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications*, in *RTD civ.*, 2006, pp. 1-25.

M.C. Lampis, v. I. Birocchi, M.C. Lampis

S. Laporte-Leconte, *Le droit de superficie (fasc. 251-30)*, in *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, 2016.

C. Lapp, *La réalisation de l'ouvrage complexe: maîtrise d'ouvrage ou maîtrise d'œuvre*, in *RDI*, 1999, pp. 533-541.

E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894.

C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006.

F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VI, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878.

F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878.

F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXV, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878.

J. Laurent, *La propriété des droits*, Parigi, 2012.

C. Lazzara, *Il contratto di locazione*, Milano, 1961.

G. Le Dû, v. F. Roussel, G. Le Dû

C. Le Marchand, v. J. Hugot, C. Le Marchand

J.-M. Le Masson, *Note sous Cass. 3e civ., 10 avr. 1991, n. 89-20276*, in *D.*, 1992, *Jurisprudence*, pp. 376-377.

J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (I partie)*, in *Petites affiches*, 1992, n. 101, pp. 7-10.

J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, 1992, n. 103, pp. 3-11.

V. Le Rouzic, *L'organisme de foncier solidaire, un nouvel acteur*, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 39-41.

V. Le Rouzic, *Le bail réel solidaire: une petite révolution du droit de propriété à mettre en perspective*, in *Gaz. Pal.*, 2017, n. 30, Dossier, pp. 3065-3068.

N. Le Rudulier, *Le lotissement du ciel – Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière*, in *JCP N*, 2011, n. 1120.

N. Le Rudulier, *La servitude collective entre volumes: les rapports de droit privé et de droit public*, in C. Manson, Y. Tremorin, *Les servitudes collectives et la propriété privée*, Parigi, 2017, pp. 77-83.

B. Leclercq, *Les ensembles immobiliers*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 403-538.

P. Lecocq, *Superficie, Emphytéose et constructions*, in P. Lecocq, B. Tilleman, A. Verbeke, *Zakenrecht/Droit des biens*, Bruges, Bruxelles, 2005, pp. 285-334.

P. Lecocq *et alii*, *Manuel de droit des biens*, t. II: *Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016.

P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976.

P.S. Leicht, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna, 1933.

R. Léonetti, v. B. Chevreux, R. Léonetti

R. Léonetti, *Le BRILO: nouvelle solution pour le logement, entre propriété et location*, in *Gaz. Pal.*, n. 30, Dossier, pp. 3061-3064.

H. Lepage, *L'analyse économique et la théorie du droit de propriété*, in *Droits, revue française de théorie juridique*, 1985, n. 1, pp. 91-105.

P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951.

J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, II ed., Parigi, 2010.

S. Li, *La loi de la République populaire de Chine sur les droits réels: principes fondamentaux et notions de base*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2009, pp. 73-90.

R. Libchaber, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004: le livre du bicentenaire*, Parigi, 2004, pp. 297-372.

M. Libertini, *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contratto e impresa*, 1991, pp. 73-95.

G. Liet-Veaux, J. Schmidt, *Le bail à construction*, in *D.*, 1965, *Chronique*, pp. 71-74.

R. Lindon, *Note sous Cass. 1re civ., 11 déc. 1962*, in *D.*, 1963, *Jurisprudence*, pp. 131-132.

A. Loeb, *The Condominium Regime in Ontario*, in *Canterbury Law Review*, 2016, pp. 1-2.

A. Loeb, *The Condominium Act: A User's Manual*, V edizione, Toronto, 2018.

P. Loiseaux, *Réflexions sur le régime fiscal des organismes fonciers solidaires et des baux réels solidaires*, in *AJDI*, 2016, pp. 746-751.

M. Lombard, *La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques: commentaire de la loi n. 94-631 du 25 juillet 1994*, in *Actualité législative Dalloz*, 1994, *Commentaires législatifs*, pp. 183-187.

L. Lorvellac, F.C. Dutilleul, *Les baux ruraux*, Parigi, 1993.

M.-H. Louvel, v. B. Dumas, M.-H. Louvel

M.-H. Louvel, *Le bail à réhabilitation: un outil inconnu ou inutilisé ?*, in *JCP N*, 2013, n. 1159.

A. Lucarelli, *Beni comuni e funzione sociale della proprietà. Il ruolo del comune*, in L. Sacconi, S. Ottone (diretto da), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, pp. 111-123.

A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, Napoli, Torino, 1927.

A. Luminoso, *Alienazione di "scatola d'aria", nullità e conversione in costituzione di diritto di superficie, nota a Trib. Cagliari, 29 settembre 1997, n. 1259*, in *Rivista giuridica sarda*, 1999, pp. 121-126.

A. Luminoso, *La compravendita*, VII ed., Torino, 2011.

M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001.

R. Luzzatto, *Le alienazioni delle parti di cosa immobile in vista della loro separazione futura e la trascrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, pp. 729-792.

J.-A. MacKenzie, M. Philips, *Textbook on Land Law*, Oxford, 2010.

M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006.

C. Mahy, *Le bail à réhabilitation*, Parigi, 2000.

C. Maiorca, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, Torino, 1934.

P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Issy-les-Moulineaux, 2015.

P. Malaurie *et alii*, *Droit des contrats spéciaux*, VIII ed., Issy-les-Moulineaux, 2016.

P. Malinvaud, *Les ouvrages immobiliers complexes: exposé introductif*, in *RDI*, 1999, pp. 487-488.

P. Malinvaud, *La propriété*, in H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009, pp. 41-48.

P. Malinvaud, *Bail réel immobilier et bail réel immobilier administratif: offre de loi du Club des juristes*, in *RDI*, 2013, pp. 396-397.

B. Mallet-Bricout, v. L. d'Avout, B. Mallet-Bricout

B. Mallet-Bricout, v. W. Dross, B. Mallet-Bricout

B. Mallet-Bricout, *Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité*, in *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 2014, vol. 48, n. 2, pp. 537-578.

B. Mallet-Bricout, *Droits réels de jouissance spéciale: premier signe de rejet de la perpétuité*, in *D.*, 2015, pp. 599-605.

B. Mallet-Bricout, *Baux réels et solidarité*, in *RTD civ.*, 2016, pp. 943-949.

D. Mandrioli, *Diritti reali*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, Torino, 1938, pp. 879-883.

C. Manson, *La reconnaissance de droits réels sur le domaine public universitaire: suites de la loi LRU*, in *JCP A*, 2011, *Domaine/Patrimoine*, n. 2063.

V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. VI, VI ed., Parigi, 1868.

M.R. Marella, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 551-568.

M.R. Marella, *L'uso dello spazio urbano fra questione proprietaria e accesso alla giustizia*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2017, p. 85, <http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-2_15.pdf>.

F. Marinelli, *Gli usi civici*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2013.

S. Mariotti, v. L. Castiglioni, S. Mariotti

A.M. Marocco, v. G.B. Picco, A.M. Marocco

G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil: introduction générale a l'étude du droit*, t. I, II ed., Parigi, 1972.

G. Marty *et alii*, *Les biens,* Parigi, 1995.

J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976.

C. Marvasi, v. A. Barca, C. Marvasi

U. Mattei, *Basic Principles of Property Law: a Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Londra, 2000.

U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015.

H. Mazeaud *et alii*, *Leçons de droit civil. Principaux contrats*, t. III, v. II, V ed., Parigi, 1980.

H. Mazeaud *et alii*, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, v. II, VIII ed., Parigi, 1994.

H. Mazeaud *et alii*, *Leçons de droit civil: introduction à l'étude du droit*, t. I, v. I, XI ed., Parigi, 1996.

S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.

B. McFarlane *et alii*, *Land Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2009.

R. Megarry, W. Wade, *The Law of Real Property*, VI ed. a cura di C. Harpum, con M. Grant e S. Bridge, Londra, 2000.

P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. III, IV ed., Bruxelles, 1829.

P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. VI, IV ed., Bruxelles, 1829.

P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. XVI, IV ed., Bruxelles, 1830.

F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965.

D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970.

F. Mezzanotte, «*Liberté contractuelle» e «droits réels» (a proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 857-873.

F. Mezzanotte, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015.

R. Miccio, *La locazione*, Torino, 1980.

H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse Paris, 1900.

L. Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005.

L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in G. Alpa *et alii*, *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 45-164.

L. Moccia, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, pp. 105-142.

L. Moccia, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, pp. 143-195.

J.-P. Moreau, *Bail à domaine congéable, bail à complant*, in *JurisClasseur: Baux ruraux*, 2013.

U. Morello, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010, pp. 67-212.

F. Morelon, *Aspects techniques et pratiques de la division des volumes*, in *RDI*, 1999, pp. 502-504.

G. Morin, *La révolte du droit contre le Code: la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Parigi, 1945.

G. Morin, *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, études offertes à George Ripert, t. II, Parigi, 1950, pp. 3-16.

C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in L. Gaeta (a cura di), *Costantino Mortati e "il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, atti della giornata di studio, Milano, 2005, pp. 7-102.

B. Mortier, *La fiscalité du bail à construction*, in *JCP N*, 1997, *Pratique*, n. 4027, pp. 629-635.

J.-L. Mouray, *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, Parigi, 1970.

G. Musolino, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie*, in *Rivista del notariato*, 2005, I, pp. 239-254.

G. Musolino, *La costituzione del diritto di superficie*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 280-300.

G. Musolino, *La superficie. Contenuto del diritto e poteri del superficiario e del proprietario del suolo*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 791-807.

G. Musolino, *L'oggetto del diritto di superficie e la responsabilità extracontrattuale del superficiario e del proprietario del suolo*, in *Rivista del notariato*, 2016, II, pp. 1164-1169.

G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (I parte)*, in *Rivista del notariato*, 2017, III, pp. 865-887.

G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (II parte)*, in *Rivista del notariato*, 2017, III, pp. 1041-1070.

G. Musolino, *Superficie. Sopraelevazione*, Bologna, 2018.

M. Nardozza, v. G. Giacobbe, M. Nardozza

U. Natoli, *La proprietà: appunti delle lezioni*, I, II ed., Milano, 1976.

N.D. Nguyen, *Nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit des biens français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2006, pp. 1203-1229.

R. Nicolò, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 904-921.

S. Orlando Cascio, *Enfiteusi (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 920-956.

P. Ourliac, M. de Juglart, *Observations à Cass. soc., 6 mai 1964*, in *JCP*, 1964, *Jurisprudence*, n. 13831.

P. Ourliac, M. de Juglart, *Les baux ruraux à long terme*, in *JCP*, 1972, *Doctrine*, n. 2449.

A. Palermo, *Usufrutto – Uso – Abitazione*, Torino, 1966.

G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 1-37.

G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 39-94.

M. Pallottino, P. Bonaccorsi, *Soggetti e strumenti per la realizzazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, vol. I, *Aspetti costituzionali e amministrativi*, Milano, 1986, pp. 429-475.

M. Pampaloni, *Sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo nel diritto romano e odierno (nuovo contributo alla teoria delle* res communes omnium*)*, in *Archivio giuridico*, 1892, vol. 48, pp. 32-60.

G. Pandolfelli *et alii*, *Codice civile: libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1941.

M.-F. Papandréou-Deterville, *Le droit anglais des biens*, Parigi, 2004.

M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994.

G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1471-1490.

F. Pastori, *La superficie nel diritto romano*, Milano, 1962.

A.-M. Patault, *La propriété non exclusive au XIXe siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1983, pp. 217-237.

A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989.

J. Paulsson, *3D Property Rights – An Analysys of Key Factors Based on International Experience*, tesi Stoccolma KTH, 2007, p. 186.

A.C. Pelosi, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.

E. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843.

R. Peratoner, *Della superficie*, in *Artt. 952-1099: superficie – enfiteusi – usufrutto – uso e abitazione – servitù prediali*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2008, pp. 1-130.

L. Périer, *De la règle « louage passe vente »*, thèse Montpellier, 1900.

S. Pérignon, *La cession de volumes est-elle soumise au droit de préemption urbain ?*, in *Rép. Defrénois*, 1989, I, pp. 1297-1301.

J. Périlleux, *Picasso… un classique ! À propos de la propriété des volumes dans l'espace*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 2014, n. 2, pp. 298-327.

H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979.

H. Périnet-Marquet, *Note sous CE, 25 févr. 1994*, in *AJDA*, 1994, pp. 552-555.

H. Périnet-Marquet, *Expropriation du tréfonds, note sous Cass. 3e civ., 20 nov. 1996,* in *JCP*, 1997, *Doctrine*, n. 4010, p. 141.

H. Périnet-Marquet, *Copropriété et ensemble immobilier, note sous Cass. 3e civ., 17 févr. 1999,* in *JCP*, 1999, *Chronique*, n. 175, p. 1880.

H. Périnet Marquet, *Preuve de la propriété. Propriété du dessous, note sous Cass. 3e civ., 12 juill. 2000, n. 97-13107*, in *JCP*, 2001, *Chronique*, n. 305, p. 542.

H. Périnet-Marquet, *Intervention de plein droit de l'accession, note sous Cass. 3e civ., 27 mars 2002*, in *JCP*, 2003, *Chronique*, n. 117, pp. 439-440.

H. Périnet-Marquet, *L'immeuble et le Code civil*, in *1804-2004, le Code civil: un passé, un présent, un avenir*, Parigi, 2004, pp. 395-408.

H. Périnet-Marquet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé*, in *Revue de droit immobilier*, 2009, n. 1, pp. 16-22.

H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009.

H. Périnet-Marquet, *Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque*, in *RDI*, 2010, pp. 352-359.

H. Périnet-Marquet, *Note sous Cass. 3e civ.*, *8 sept. 2010, n. 09-15554*, in *JCP*, 2010, *Chronique*, n. 1162, p. 2188.

H. Périnet-Marquet, *Le droit de «crû et à croître» ne s'éteint pas par non-usage, note sous Cass. 3e civ., 23 mai 2012, n. 11-13202*, in *JCP*, 2012, *Chronique*, n. 1186, p. 2007.

H. Périnet-Marquet, *La liberté de création des droits réels est consacrée*, in *Constr.-Urb.*, 2013, n. 1, pp. 1-2.

H. Périnet-Marquet, *De la stabilisation à la simplification (ou l'inverse)*, in *Constr.-Urb.*, 2016, n. 12, pp. 1-2.

P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.

G. Pescatore, R. Albano, *Della proprietà*, t. I, in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1968.

P. Pétel, *Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Parigi, 1999, pp. 799-806.

M. Philips, v. J.-A. MacKenzie, M. Philips

G. Piazza, *«Jus ad aedificandum» ed acquisto della proprietà superficiaria*, in *Studi in onore di Leonardo Coviello*, Napoli, 1978, pp. 339-361.

J. Picard, *Le bail réel solidaire: la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable*, in *Petites affiches*, 2016, n. 233, pp. 6-14.

G.B. Picco, A.M. Marocco, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Rivista del notariato*, 1974, I, pp. 626-659.

A. Piédeliévre, *La copropriété par appartements*, in J. Carbonnier (sotto la direzione di), *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, Parigi, 1963, pp. 181-213.

F. Planckeel, *La combinaison de l'usufruit et du bail*, in *RTD civ.*, 2009, pp. 639-663.

M. Planiol, *Note sous App. Paris, 8 févr. 1892*, in *D.*, 1892, II, pp. 409-412.

M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. II, III ed., Parigi, 1905.

M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, IV ed., Parigi, 1906.

M. Planiol *et alii*, *Traité pratique de droit civil français: les biens*, t. III, Parigi, 1926.

M. Planiol *et alii*, *Traité pratique de droit civil français: contrats civils*, t. X, parte I, Parigi, 1932.

A. Pône, *Volumes immobiliers et droit de propriété (Libres et périlleuses réflexions)*, in *Liber amicorum Georges Daublon*, Parigi, 2001, pp. 229-241.

R. Porte, *Bail à réhabilitation*, in *Ann. loyers*, 1991, pp. 608-610.

R.J. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, in J.J. Bugnet (a cura di), *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. IX, Parigi, 1861.

M. Poumarède, v. J.-F. Davignon, M. Poumarède

M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, in *RDI*, 2014, pp. 265-275.

M. Poumarède, *Nullité d'une clause d'agréement stipulée dans un bail à construction, note sous Cass. 3e civ., 24 sept. 2014, n. 13-22357*, in *RDI*, 2015, pp. 640-641.

M. Poumarède, *Entrée en vigueur du bail réel immobilier*, in *RDI*, 2016, pp. 546-548.

M. Poumarède, *Le bail réel solidaire*, in *RDI*, 2016, pp. 544-546.

M. Poumarède, *Le bail réel immobilier: aspects civils et fiscaux*, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 12-22.

E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Messina, 1931.

J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825.

G. Provera, *Locazione: disposizioni generali, art. 1571-1606*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1980.

S. Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, pp. 1-52.

S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, pp. 145-309.

G. Pugliese, *Note sulla superficie nel diritto giustinianeo*, Milano, 1943.

G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 543-522.

G. Pugliese, *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 755-776.

G. Pugliese, *Della superficie*, in *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 557-636.

G. Pugliese, *Dominium ex iure quiritium – proprietà – property*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, v. II, Padova, 1982, pp. 1225-1244.

G. Pugliese, *Property*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991.

S. Qiao, F.K. Upham, *China's changing property law landscape*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 311-332.

A. Quarta, *La polvere sotto il tappeto. Rendita fondiaria e accesso ai beni comuni dopo trent'anni di silenzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 253-272.

Ch.-F. Rau, v. Ch. Aubry, Ch.-F. Rau

M. Raunet, v. E. Fatôme, M. Raunet

P. Raynaud, v. G. Marty, P. Raynaud

C.A. Reich, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, vol. 73, n. 5, pp. 733-787.

A. Reina, *Contributo alla classificazione analitica dei diritti di sepolcro*, Milano, 1947.

J.D. Reitzel *et alii*, *American Law of Real Estate*, Mason (Ohio), 2002.

G. Renard, L. Trotabas, *La fonction sociale de la propriété privée*, Parigi, 1930.

P.-P. Renson, v. N. Verheyden-Jeanmart, P.-P. Renson

P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 1-67.

G. Resta, *Nuovi beni immateriali e* numerus clausus *dei diritti esclusivi*, in G. Resta (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, pp. 3-72.

G. Resta, *Systems of public ownership*, in M. Graziadei, L. Smith (a cura di), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2017, pp. 216-257.

T. Revet, v. F. Zenati-Castaing, T. Revet.

T. Revet, *Propriété du dessous*, in *RTD civ.*, 2002, pp. 539-542.

A. Riccio, *Il diritto di superficie, la proprietà superficiaria e la proprietà separata*, in *Contratto e impresa*, 1998, pp. 428-432.

D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015.

D. Richard, *Les nouvelles servitudes du Code des transports ou la distinction entre sujétion et propriété revisitée par le concept de volume immobilier*, in *Constr.-Urb.*, 2017, n. 1, pp. 7-12.

L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, IX ed., Parigi, 2014.

L. Rigaud, *Le droit réel: histoire et théories*, thèse Toulouse, 1912.

L. Rigaud, *À propos d'une renaissance du « jus ad rem » et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1963, pp. 557-567.

G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. III, Parigi, 1958.

D. Roche, *Le bail à construction: un bon outil fiscal de gestion immobilière à condition de parvenir à son terme*, in *La revue fiscale du patrimoine*, 2016, n. 2, pp. 43-45.

S. Rochegude, v. J.-C. Chaput, S. Rochegude

S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp. 1252-1341.

S. Rodotà, *Art. 42*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione: rapporti economici*, t. II, Bologna, Roma, 1982, pp. 69-192.

S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, 2013.

E. Roguin, *La règle de droit*, Losanna, 1889.

F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1966.

S. Romano, *Corso di diritto amministrativo: principî generali*, Padova, 1932.

P. Rossi, v. R. Sacco, P. Rossi

R. Rouquette, *Le droit au logement: commentaire de la loi n. 90-449 du 31 mai 1990*, in *AJPI*, 1990, pp. 761-775.

F. Roussel, *Nouveau bail notarié: voici le bail réel solidaire*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 925.

F. Roussel, G. Le Dû, *La pratique du bail réel solidaire*, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 23-38.

J.-M. Roux, v. J. Lafond, J.-M. Roux

L. Rozès, *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*, Parigi, 1976.

B. Rudden, *La Teoria Economica contro la «Property Law»: il problema del «Numerus Clausus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 451-481.

R. Sacco, *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 491-519.

R. Sacco, R. Caterina, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2014.

R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, VI ed., Torino, 2015.

C. Saint-Alary-Houin, v. R. Saint-Alary, C. Saint-Alary-Houin

C. Saint-Alary-Houin, *Rapport français (droit civil)*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLI, 1990, *La maîtrise du sol (journées camerounaises)*, Parigi, 1992, pp. 487-505.

C. Saint-Alary-Houin, *Les «maisons Boutin» comme «les maisons Borloo» peuvent reposer sur un bail à construction !*, in *RDI*, 2008, pp. 217-218.

C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013.

C. Saint-Alary-Houin, *Concession immobilière*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Dalloz action droit de la construction*, dossier 200, Parigi, 2013, pp. 273-281.

C. Saint-Alary-Houin, R. Saint-Alary, *Droit de la construction*, X ed., Parigi, 2013.

R. Saint-Alary, v. C. Saint-Alary-Houin, R. Saint-Alary

R. Saint-Alary, *Note sous Cass. 1re civ., 7 mars 1955*, in *D.*, 1955, *J.*, pp. 591-593.

R. Saint-Alary, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, t. V, Parigi, 1955, pp. 298-300.

R. Saint-Alary, *Bail à construction et opérations d'urbanisation (commentaire de la loi n. 64-1247 du 16 décembre 1964)*, in *JCP*, 1966, n. 1976.

R. Saint-Alary, *Baux à construction et copropriété*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Tolosa, 1966, pp. 659-677.

R. Saint-Alary, C. Saint-Alary-Houin, *Concession immobilière*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013.

R. Saleilles, *L'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, III ed., Parigi, 1914.

L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936.

L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949.

L. Salis, *Il condominio negli edifici*, Torino, 1950.

L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, pp. 944-954.

C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994.

A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 277-300.

A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 465-490.

S. Sangiorgi, *Della superficie*, in *Comm. Cendon*, vol. III, Torino, 1991, pp. 263-275.

C. Sardot, A. Teitgen, *Le bail réel solidaire, un outil de mixité sociale*, in *JCP N*, 2018, *Immobilier*, n. 1141.

J. Savatier, *La théorie de l'imprévision dans les contrats*, in *Études de droit contemporain: contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de Droit Comparé*, vol. II, Parigi, 1959, pp. 1-10.

R. Savatier, *Propriété par étages et appartements*, in *Les lois nouvelles*, 1927, I, pp. 177-205.

R. Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, in *RTD civ.*, 1958, pp. 331-360.

R. Savatier, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, in *RTD civ.*, 1958, pp. 1-23.

R. Savatier, *La propriété de l'espace*, in *D.*, 1965, *Chronique*, pp. 213-218.

R. Savatier, *Limite, au volume occupé par le bénéficiaire, de l'attribution préférentielle prévue par l'article 832 alinéa 6, note sous Cass. 1re civ., 19 juin 1973*, in *RTD civ.*, 1974, pp. 644-645.

R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 103-110.

A. Scacchi, *La proprietà temporanea*, Milano, 2005.

S. Scarlatelli, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giustizia civile*, 1995, II, pp. 287-297.

E. Schilhanick, v. M. Magri, E. Schilhanick

P. Schlesinger, v. A. Torrente, P. Schlesinger

J. Schmidt, v. G. Liet-Veaux, J. Schmidt

T. Schmitt, *Convergences et divergences: le bail à construction à l'épreuve du droit fiscal*, in *Mélanges en l'honneur du doyen Gerorges Wiederkehr*, Parigi, 2009, pp. 737-751.

R. Seagrief, v. C. Harrington, R. Seagrief.

G. Segrè, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, in *Il foro it.*, 1893, I, cc. 1002-1010.

S.G. Selvarolo, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989.

P. Serrand, *Droit administratif*, t. I: *les actions administratives*, Parigi, 2015.

I. Sferdian, *La superficie sous la forme du droit d'édifier des constructions, modalité du droit de superficie*, in F.A. Baias, R. Dincă (a cura di), *Le nouveau Code civil roumain: vu de l'intérieur – vu de l'extérieur*, vol. II, Bucarest, 2015, pp. 473-482.

C. Sherry, *Strata Title Property Rights. Private governance of multi-owned properties*, Abingdon, New York, 2016.

Ph. Simler, v. F. Terré, Ph. Simler

Ph. Simler, *Ouvrages complexes et droit de propriété*, in *RDI*, 1999, pp. 489-495.

Ph. Simler, *Copropriété et propriété en volumes: antinomie ou symbiose?*, in *Études offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Parigi, 2001, pp. 679-693.

V. Simoncelli, *Nota a Trib. civ. Lecce, 8 giugno 1899*, in *Il foro it.*, 1900, I, cc. 56-72.

V. Simoncelli, *Della enfiteusi*, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte VI, vol. I, II ed., Napoli, Torino, 1922.

V. Simoncelli, *Accessione superficie e diritti dei terzi*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, pp. 89-113.

V. Simoncelli, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, pp. 314-344.

V. Simoncelli, *L'indole economica del contratto d'enfiteusi del codice civile italiano*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, pp. 183-227.

D. Simoncelli, *Superficie (diritto di)*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, parte I, Torino, 1940, pp. 1212-1224.

F. Sitzia, *Studi sulla superficie in epoca giustinianea*, Milano, 1979.

D. Sizaire, *Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (application de la loi n. 65-557 du 10 juillet 1965)*, in *JCP*, 1969, *Doctrine*, n. 2252.

D. Sizaire, *Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis*, in *JCP*, 1988, *Doctrine*, n. 3367.

D. Sizaire, *La technique de la division en volumes et le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, in *Administrer*, 1998, n. 300, pp. 17-22.

D. Sizaire, *La gestion de l'ouvrage complexe: le recours à l'association foncière urbaine*, in *RDI*, 1999, pp. 551-557.

D. Sizaire, *La clause contractuelle de tacite reconduction n'est pas interdite, note sous CA Limoges, 1re civ., 26 juin 2003*, in *Constr.-urb.*, 2004, n. 5, p. 15.

L. Smith, v. M. Graziadei, L. Smith

P. Smith, v. C. Van der Merwe, P. Smith

P.F. Smith, *Apartment Ownership. The English Version Needs Reforming*, in *Stellenbosch Law Review*, 2013, pp. 185-202.

A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4, 1915, pp. 472-503.

E. Sommier, *La division de la propriété immobilière*, in *JCP N*, 1976, *Formules*, n. 2788.

P. Sparkes, *A New Land Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2003.

J. Stein, *The Most Important Issue in Every Ground Lease*, in *N.Y. Real Property Law Journal*, 2014, vol. 42, n. 1, pp. 17-23.

B. Stemmer, v. J. Lafond, B. Stemmer

N. Stolfi, *Diritto civile*, vol. II, parte II, Torino, 1928.

Y. Strickler, *Les biens*, Parigi, 2006.

W. Swadling, v. B. Akkermans, W. Swadling

W. Swadling, *Property: General Principles*, in P. Birks (a cura di) *English Private Law*, vol. I: *Sources of Law, Law of Persons, Law of Property*, Oxford, 2000, pp. 203-384.

R.S. Swann *et alii*, *The Community Land Trust. A Guide to a New Model for Land Tenure in America*, Cambridge (USA), 1972.

A. Tabet, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1972.

A. Teitgen, v. C. Sardot, A. Teitgen

C. Tenella Sillani, *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano, 1994.

C. Tenella Sillani, Il *diritto di superficie e la proprietà superficiaria*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015*, in *I quaderni della fondazione del notariato*, 2015, pp. 52-63.

P. Terneyre, v. E. Fatôme, P. Terneyre

F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014.

G. Terzago, *Il condominio: trattato teorico-pratico*, VII ed. a cura di A. Celeste, L. Salciarini, P. Terzago, Milano, 2010.

D. Tessera, v. A. Guarneri, D. Tessera

S. Thacker, S. Veer, *Strata Law in Dubai*, in *Court Uncourt*, 2015, n. I, pp. 5-7.

P. Théry, *Ouvrage complexe et relations entre les propriétaires*, in *RDI*, 1999, pp. 496-501.

C. Thibault, *Aspects notariaux du photovoltaïque*, in *JCP N*, 2015, n. 1132.

C. Thibierge, *Le statut des immeubles en copropriété*, in *Le notariat et la propriété immobilière moderne, 55e congrès des notaires de France*, Bordeaux, 1957, pp. 1F-99F.

M.P. Thompson, *Modern Land Law*, IV ed., Oxford, 2009.

E. Tilocca, *La distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1950, n. 138, pp. 3-26.

R. Timmermans, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond*, Mechelen, 2016.

S. Tissot-Grossrieder, *De l'usage du bail emphytéotique pour la construction d'une mosquée*, in *AJDA*, 2010, pp. 2471-2474.

J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, pp. 83-89.

J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006.

J.-L. Tixier, *Le bail à construction: de la théorie à la pratique*, Parigi, 2006.

J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique et bail à construction: leurs différences sont-elles encore justifiées?*, in *RDI*, 2010, p. 513.

J.-L. Tixier, *Le bail réel immobilier*, in *RDI*, 2013, pp. 398-404.

J.-L. Tixier, *Le bail réel solidaire: un bail à la rédaction surprenante*, in *Gaz. Pal.*, 2017, n. 30, Dossier, pp. 3069-3072.

A. Torrente, *La donazione*, II ed. aggiornata a cura di U. Carnevali, A. Mora, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2006.

A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXI ed. a cura di F. Anelli, C. Granelli, Milano, 2013.

C.B.M. Toullier, J.-B. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code: ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, t. XVIII, continuazione (3), V ed., Parigi, 1836.

C.B.M. Toullier, J.-B. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code: ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, vol. II, parte I, VI ed., Parigi, 1845.

A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XLVII ed., Padova, 2015.

L. Tranchant, *Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété*, in *RDI*, 2014, pp. 276-281.

J.B. Treilhard, *Présentation au corps législatif et exposé des motifs*, in P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, Parigi, 1827, pp. 32-41.

R. Trifone, *Dell'enfiteusi*, in R. Trifone, F. De Martino, *Libro terzo: della proprietà, art. 957-1026*, ristampa della III ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1963, pp. 1-145.

C. Trinchillo, 2002, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio. Il diritto di sopraelevazione previsto dall'art. 1127 c.c.*, in *Rivista del notariato*, 2002, I, pp. 1129-1177.

F. Tringali, *Le donazioni*, Torino, 2010.

R. Triola, *La «cessione di cubatura»: natura giuridica e regime fiscale, nota a Cass. civ., sez. I, 9 marzo 1973, n. 641*, in *Rivista del notariato*, 1974, II, pp. 115-116.

P.L. Trojani, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita notarile*, 1990, pp. 285-306.

R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, III ed., Parigi, 1859.

L. Trotabas, v. G. Renard, L. Trotabas

M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, Parigi, 2015.

M. Uhry, *Nouvelles voies pour le logement social: que cent fleurs s'épanouissent!*, in *L'économie politique*, 2015, n. 65, pp. 59-71.

F.K. Upham, v. S. Qiao, F.K. Upham

R. Vabres, *Bail à construction et liberté contractuelle, note sous Cass. 3e civ., 5 déc 2007*, in *JCP*, 2008, *Jurisprudence*, n. 10102.

N. Van Damme, v. Y. Delacroix, N. Van Damme

S. Van Erp, *General Issues: Setting the Scene*, in S. Van Erp, B. Akkermans, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford, Portland (Oregon), 2012, pp. 37-95.

J. Van de Voorde, S. Zolea, *Quelles réponses à la décadence des actions possessoires? Une analyse comparative des droits français, belge et italien*, in *European Review of Private Law*, 2018, n. 2, pp. 197-226.

C. Van Der Merwe, *A Comparative Study of the Distribution of Ownership Rights in Property in an Apartment or Condominium Scheme in Common Law, Civil Law and Mixed Law Systems*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2002, pp. 101-137.

C. Van der Merwe, P. Smith, *Commonhold – A critical appraisal*, in *Modern Studies in Property Law*, vol. 3, Oxford, Portland (Oregon), 2005, pp. 225-248.

C. Van Der Merwe, *The Adaptation of the Institution of Apartment Ownership to Civilian Property Law Structures in the Mixed Jurisdictions of South Africa, Sri Lanka and Louisiana*, in *Stellenbosch Law Review*, 2008, pp. 298-313.

C. Van Der Merwe, *Reflections on Chinese Apartment Ownership Law (part 1)*, in *Journal of South African Law*, 2014, pp. 788-804.

C. Van Der Merwe, *Reflections on Chinese Apartment Ownership Law (part 2)*, in *Journal of South African Law*, 2015, pp. 26-38.

C. Van Der Merwe (a cura di), *European Condominium Law*, Cambridge, 2015.

S. Van Erp, *Comparative Property Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, New York, 2006, pp. 1043-1070.

L. Van Vliet, *Accession of Movables to Land*, in *Modern Studies in Property Law*, vol. I, *Property*, Oxford, Portland (Oregon), 2001, pp. 319-328.

S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, Parigi, 2012.

F. Vassalli, *Il diritto di proprietà (relazione al primo congresso giuridico italiano)*, Tivoli, 1932.

S. Veer, v. S. Thacker, S. Veer

G. Venezian, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, vol. I, II ed. riveduta da G. Osti, in P. Fiore, B. Brugi (diretto da), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte V, *Delle servitù*, Napoli, Torino, 1931.

A. Vercellone, Urban commons *e modelli di governo*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, pp. 171-184.

A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, pp. 903-925.

N. Verheyden-Jeanmart, P.-P. Renson, *La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes*, in A. Wijffels (a cura di), *Le Code civil entre* ius commune *et droit privé européen*, Bruxelles, 2005, pp. 333-358.

G. Vermelle, M. Faure-Abbad, *Bail à réhabilitation*, in *Encyclopédie Dalloz*, *Rép. dr. civ.*, Parigi, 2012.

J. Viatte, *Bail à construction et bail emphytéotique*, in *Revue des loyers*, 1966, pp. 90-97.

J. Viatte, *Un nouveau type de location: la concession immobilière*, in *Revue des loyers*, 1968, pp. 96-106.

J. Viatte, *Du bail emphytéotique*, in *Revue des loyers*, 1973, pp. 302-306.

J. Viatte, *Note sous CA Paris, 6e Ch., sect. B, 25 févr. 1982*, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Jurisprudence*, pp. 207-209.

M. Vidal, *Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIXe siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, pp. 263-273.

P. Vitucci, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Rivista di diritto agrario*, 1972, pp. 855-877.

B. Vorms, *Le bail emphytéotique: une voie pour aider l'accession dans les zones les plus chères?*, studio *ANIL habitat actualité*, maggio 2009, <https://www.anil.org/fileadmin/ANIL/Études/2011/bail_emphyteotique.pdf>.

W. Wade, v. R. Megarry, W. Wade

A. Wahl, *Note sous Cass. civ., 19 juill. 1893*, in *S.*, 1894, I, pp. 241-244.

P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Parigi, 1989.

J.H. Watson, P.J. Grimes, *The Strata Titles of New South Wales, Australia*, in *The Saskatchewan Bar Review*, 1965, pp. 265-266.

A. Weiss, *Des droits de superficie, en droit français et en droit romain*, thèse Strasbourg, 1853.

B. Wertenschlag, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, in *AJDI*, 2016, pp. 740-746.

J.D. Whalen, *Commercial Ground Leases*, III ed., New York, 2013.

J.D. Whalen, *Reappraisal of Ground Lease Rentals*, in *Probate & Property*, 2016, vol. 30, n. 3, pp. 44-50.

R. Willmann, *Usufruit, droit au bail*, in J. Carbonnier (sotto la direzione di), *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, Parigi, 1963, pp. 215-237.

R. Wilson, *Sale of Strata Land*, in *The Advocate*, 2016, pp. 663-675.

M. Xifaras, *La propriété: étude de philosophie du droit*, Parigi, 2004.

P. Yolka, *Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie)*, in *AJDA*, 2016, pp. 1797-1802.

V. Zalewski-Sicard, *Copropriété et propriété publique: une cohabitation impossible*, in *Revue des loyers*, 2013, pp. 444-449.

V. Zalewski-Sicard, *Servitudes et baux conférant un droit réel*, in *Constr.-Urb.*, 2015, n. 11, pp. 15-18.

V. Zalewski-Sicard, *Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins*, in *Constr.-Urb.*, 2016, n. 10, pp. 9-14.

G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. IV, *I mezzi dell'azione amministrativa*, IV ed., Milano, 1955.

F. Zenati-Castaing, *La nature juridique de la propriété: contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981.

F. Zenati-Castaing, *Note sous Cass. 3e civ., 18 janv. 1984,* in *D.*, 1985, *Jurisprudence*, pp. 504-506.

F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: immeubles par nature*, in *RTD civ.*, 1990, pp. 304-306.

F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: construction sur le terrain d'autrui*, in *RTD civ.*, 1993, pp. 164-165.

F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: nomenclature des droits réels*, in *RTD civ.*, 1993, pp. 162-164.

F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: droit de superficie*, in *RTD civ.*, 1995, pp. 656-658.

F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, pp. 142-147.

F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008.

F. Zenati-Castaing, *La proposition de refonte du livre II du Code civil: étude critique*, in *RTD civ.*, 2009, pp. 211-244.

F. Zenati-Castaing, *Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires*, in *Les modèles propriétaires, actes du colloque international organisé par le CECOJI*, Poitiers, 2012, pp. 225-238.

V. Zeno-Zencovich, *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, *sezione civile*, IV, Torino, 1989, pp. 438-460.

S. Zolea, v. J. Van de Voorde, S. Zolea

S. Zolea, *La difficoltosa ascesa dell'immateriale nelle codificazioni francese e italiana*, in *Comparazione e diritto civile*, <www.comparazionedirittocivile.it>, febbraio 2016.

S. Zolea, *Le prospettive della tutela possessoria nella società dell'immateriale: una comparazione italo-francese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, pp. 393-423.

S. Zolea, *L'enfiteusi dal mondo rurale alle politiche abitative urbane. Note comparatistiche sulle esperienze francesi e italiane*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, pp. 369-414.

Elenco delle abbreviazioni bibliografiche utilizzate

AJDA: L'actualité juridique: droit administratif.

AJDI: L'actualité juridique: droit immobilier.

AJPI: L'actualité juridique: propriété immobilière.

Ann. loyers: Annales des loyers.

Comm. Cendon: Commentario al Codice civile, a cura di Paolo Cendon.

Comm. Scialoja-Branca: Commentario del Codice civile Scialoja-Branca.

Constr.-Urb.: Construction-Urbanisme.

D.: Recueil Dalloz.

Dig. disc. priv.: Digesto delle disciplice privatistiche.

Enc. dir.: Enciclopedia del diritto.

Enc. giur.: Enciclopedia giuridica.

Gaz. Pal.: Gazette du Palais.

Il foro it.: Il foro italiano.

JCP: Juris-Classeur périodique.

JCP A: Juris-Classeur périodique, édition administrations et collectivités territoriales.

JCP N: Juris-Classeur périodique, édition notariale.

Noviss. Dig. it.: Novissimo Digesto italiano.

Nuovo Dig. it.: Nuovo Digesto italiano.

RDI: Revue de droit immobilier.

Rép. Defrénois: Répertoire Defrénois.

Rép. dr. civ.: Répertoire de droit civil.

RFDA: Revue française de droit administratif.

Riv. crit. dir. priv.: Rivista critica del diritto privato.

Riv. dir. civ.: Rivista di diritto civile.

RLCT: Revue Lamy collectivités territoriales.

RTD civ.: Revue trimestrielle de droit civil.

S.: Recueil Sirey.

Tratt. Cicu-Messineo: Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo.

Tratt. dir. civ.: Trattato di diritto civile.

Tratt. dir. delle successioni e donazioni: Trattato di diritto delle successioni e donazioni.

Il diritto di superficie nei sistemi delle regole di appartenenza: uno studio comparativo

Il volume approfondisce il diritto di superficie secondo una prospettiva comparativa, con particolare riguardo alle esperienze giuridiche italiana, francese e belga, senza trascurare spunti di confronto con il mondo di *common law.* L'istituto è studiato analizzando le figure più diffuse nella prassi, che talvolta si allontanano dall'impianto normativo originario. Il diritto di superficie è pertanto affrontato nella sua dimensione di prodotto sociale, piuttosto che come costruzione astratta, ponendo in luce le istanze fondamentali che sono alla base della sua nascita e delle sue evoluzioni. Il lavoro propone una chiave di lettura che valorizza la funzione sociale della superficie, ipotizzandone un ruolo di rilievo come strumento per ripensare l'intero sistema dei diritti reali in chiave costituzionalmente e solidalmente orientata.

Sirio Zolea è dottore di ricerca in cotutela tra l'Università di Macerata e l'Università Paris II. È assegnista di ricerca in Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata e docente a contratto di Transport and Tourism Law nello stesso Ateneo.

eum edizioni università di macerata

€ 20,00

ISBN 978-88-6056-645-4

9 788860 566454