

Université Paris II - Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Università di Macerata

corso di dottorato in scienze giuridiche

Thèse de doctorat (en cotutelle) en droit privé
soutenue le 15/02/2019

**Le droit de superficie dans les systèmes des règles
d'appartenance : une approche comparative**

**Il diritto di superficie nei sistemi delle regole di
appartenenza: una comparazione italo-francese**



Thèse de Doctorat / février 2019

Auteur : Sirio Zolea

Sous la direction de Monsieur Hugues Périnet-Marquet, Monsieur Ermanno Calzolaio

Membres du jury :

Monsieur Hugues Périnet-Marquet, Monsieur Ermanno Calzolaio, Monsieur Vincenzo Zeno-Zencovich, Monsieur Charles Gijssbers

Rapporteurs : Monsieur Matthieu Poumarède, Monsieur Giorgio Resta

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Résumé (1700 caractères) :

Cette thèse concerne le droit de superficie, en France, en Italie et, dans les grandes lignes, en Belgique et dans le système de common law. En accordant une attention particulière au droit vivant, on y adopte une approche comparative et fonctionnaliste. Le parcours de la thèse suit plusieurs pistes principales, étroitement entrelacées:

- La dimension historique du droit de superficie, en tant que clé de lecture des similarités et des différences entre les ordres juridiques envisagés.*
- La dimension comparative du droit de superficie, en soulignant que celui-ci est en Italie une institution juridique assez unitaire, tandis qu'en France il est fragmenté en plusieurs figures conçues pour répondre à des besoins spécifiques, se développant aux abords immédiats de la pratique des acteurs économique-juridiques.*
- La dimension économique-sociale du droit de superficie, en tant qu'analyse des besoins concrets des acteurs concernés.*
- La dimension théorique et conceptuelle du droit de superficie, en soulignant sa caractéristique d'élément dynamique et flexible, ainsi que de facteur problématique des systèmes de propriété continentaux.*
- La dimension du droit de superficie en tant que lien possible entre civil law et common law, en raison de son aptitude à remettre en cause la conception rétrécie des systèmes de propriété continentaux, en faisant émerger leurs structures latentes, héritage du passé précédant l'âge des codifications.*
- La dimension socio-politique du droit de superficie, en tant qu'outil juridique pouvant propager dans le domaine du droit de la propriété une approche fondée sur la solidarité sociale, telle que consacrée par la Constitution italienne.*

Descripteurs

Droit de superficie ; droit comparé de la propriété ; baux réels ; propriété de volumes ; comparaison civil law-common law.

Title and Abstract (1700 characters)

The Right of Superficies in the Legal Systems of Ownership: a Comparative Approach

This thesis is about the right of superficies, with regard to France, Italy and, in broad outlines, Belgium and the Common Law system. Paying special attention to the law in action, a comparative, functionalistic approach is adopted. The argumentative route of the thesis follows several main paths, closely linked:

- The historical dimension of the right of superficies, as a key to understanding the similarities and the differences between the legal orders taken into account.*
- The comparative dimension of the right of superficies, highlighting the fact that it is quite an unitary legal institution in Italy, while in France (in the absence of a precise legal regulation) this institution, developing directly very close to the practice of the stakeholders, is fragmented in several legal tools conceived to meet specific needs.*
- The socio-economic dimension of the right of superficies, as an analysis of the concrete needs of the stakeholders.*
- The theoretical and conceptual dimension of the right of superficies, highlighting its characteristic of a dynamical, flexible and problematic element of the Civil Law system of property.*
- The dimension of the right of superficies as a possible connection between the traditions of Civil Law and Common Law, due to its capacity to call into question the closed attitude of continental property models, bringing out their latent structures coming from the past, before the age of codifications.*
- The socio-political dimension of the right of superficies, as a tool that may propagate an approach based on social solidarity in the field of property law, as enshrined in the Italian Constitution.*

Keywords

Superficies right, compared property law, leases, ownership of volumes, comparison between civil law and common law.

INDICE (SOMMAIRE)

| | |
|---|-----------|
| INDICE (SOMMAIRE) | 8 |
| LE DROIT DE SUPERFICIE DANS LES SYSTEMES DES REGLES D'APPARTENANCE : UNE APPROCHE COMPARATIVE (RESUME EN FRANÇAIS DE LA THESE) | 14 |
| INTRODUCTION | 14 |
| A. LA DISSOCIATION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE DANS LE CLIVAGE CIVIL LAW/COMMON LAW | 16 |
| 1) <i>Comparison involves history</i> : le parcours historique et la systématisation de la superficie en France, en Belgique et en Italie | 17 |
| 2) La superficie : un élément d'ouverture des systèmes de propriété continentaux à l'égard du monde de <i>common law</i> | 36 |
| B. LE DROIT DE SUPERFICIE ET L'INTERÊT GENERAL | 48 |
| 1) Les utilisations du droit de superficie en droit de la propriété des personnes publiques et dans les politiques sociales de l'Etat en France | 49 |
| 2) La Constitution italienne et le droit de superficie en tant que manifestation d'un principe juridique de l'acquisition de la propriété à travers le travail | 62 |
| PARTE INTRODUTTIVA | 72 |
| A) Alcune coordinate | 72 |
| a) L'oggetto e il metodo dell'indagine..... | 72 |
| b) Gli ordinamenti giuridici presi in considerazione | 72 |
| c) "Superficie": un'ambiguità semantica | 74 |
| d) Una definizione evanescente | 76 |
| e) Gli interessi economico-sociali coinvolti..... | 79 |
| f) Il filo della trattazione | 79 |
| B) Introduzione all'evoluzione storica del diritto di superficie..... | 81 |
| a) Età romana e Medioevo..... | 81 |
| b) Età moderna: una sopravvivenza difficoltosa | 88 |
| C) Modelli di proprietà nella comparazione civil law-common law | 97 |
| a) Continuità e discontinuità nell'evoluzione dei regimi di appartenenza | 97 |
| b) Un diverso quadro terminologico e concettuale..... | 101 |
| c) Il rapporto tra suolo e costruzione nel sistema di common law | 106 |

PARTE I: NATURA E PRINCIPI DEL DIRITTO DI SUPERFICIE 112

TITOLO 1: Il diritto di superficie: un istituto enigmatico..... 112

| | |
|---|-----|
| Capitolo 1) I Fondamenti del diritto di superficie..... | 112 |
| Sezione 1: Le esigenze economiche e sociali | 112 |
| Sottosezione I: La dialettica tra il principio dell'accessione e il principio del lavoro..... | 113 |
| Sottosezione II: L'immobile dissociato | 117 |
| A) La dissociazione giuridica dell'immobile | 118 |
| B) Diritto di costruire e dissociazione dell'immobile | 121 |
| C) Dissociazione dell'immobile e durata del diritto dissociato | 122 |
| Sezione 2: I fondamenti nel diritto positivo | 128 |
| Sottosezione I: Francia | 128 |
| A) Articoli 552 e 553 del Code civil | 129 |
| B) Articolo 664 della redazione originale e altri articoli interessati | 131 |
| C) Belgio (cenni) | 133 |
| Sottosezione II: Italia | 135 |
| A) Regole in tema di accessione immobiliare | 136 |
| B) Costituzione del diritto di superficie, diritto sulle costruzioni al disotto del suolo e divieto di proprietà separata delle piantagioni | 138 |
| C) Estinzione e ipoteca del diritto di superficie | 145 |
| Capitolo 2) Un istituto di difficile sistematizzazione | 146 |
| Sezione 1: La superficie tra realtà e obbligatorietà nel diritto positivo | 146 |
| Sottosezione I: I tentativi d'inquadramento in dottrina: un dibattito mai sopito..... | 147 |
| A) Teorie moniste e teorie dualiste del diritto di superficie nel dibattito francese..... | 147 |
| a) Teorie moniste..... | 147 |
| b) Teorie dualiste..... | 150 |
| c) La visione del diritto di superficie come mero diritto reale sul fondo altrui..... | 152 |
| d) La natura del diritto di superficie prima della realizzazione delle costruzioni (o piantagioni) o in caso di rovina o di ricostruzione (o di reimpianto) | 155 |
| A) Proprietà superficiaria e proprietà separata nella dottrina italiana | 158 |
| a) Le problematiche d'inquadramento nella vigenza del Codice del 1865 | 159 |
| b) Dibattito attuale sulla qualificazione giuridica del diritto di superficie | 163 |
| C) Discussione critica delle teorie sulla natura della superficie | 176 |
| Sottosezione II: Diritti reali e diritti personali: un confine sottile | 181 |
| A) Spunti dalla dottrina francese: la messa in discussione dell'opposizione tra diritti reali e diritti di obbligazione | 181 |
| a) L'obbligazione passiva universale | 182 |
| b) Le obiezioni di Ginossar all'impostazione tradizionale dei diritti reali | 185 |
| c) La riaffermazione della distinzione da parte della dottrina maggioritaria | 189 |

| | |
|--|-------------------|
| B) La natura del diritto del conduttore di beni immobili..... | 191 |
| C) Realtà e obbligatorietà nella genesi e nel presente del diritto di superficie | 201 |
| Sezione 2: La superficie alla prova delle proposte di riforma del diritto dei beni | 206 |
| A) La messa in discussione di una categoria unitaria di superficie..... | 207 |
| a) La variegata natura giuridica di fenomeni generalmente ricondotti al diritto di superficie in Francia | 207 |
| b) Segue: lo scorporamento di tali fenomeni secondo il titolo costitutivo | 209 |
| B) Diritto reale di godimento speciale e diritto di superficie | 211 |
| a) La teoria degli “smembramenti” della proprietà e le relative obiezioni | 212 |
| b) La problematica del numero chiuso o aperto del novero dei diritti reali..... | 215 |
| c) Il diritto reale di godimento speciale nelle proposte e nella successiva giurisprudenza | 223 |
| d) Diritto di superficie e diritto reale di godimento speciale: punti di contatto ed elementi di rivalità..... | 225 |
| TITOLO 2: Le fonti del diritto di superficie..... | 227 |
| Capitolo 1) Fonti convenzionali | 227 |
| Sezione 1: Contratti di locazione..... | 227 |
| A) Costituzione di un diritto di superficie in presenza di un accordo espresso o implicito tra le parti | 233 |
| B) Costituzione di un diritto di superficie in assenza di uno specifico accordo..... | 239 |
| Sezione 2: Contratti di cessione di superficie a titolo principale | 248 |
| Capitolo 2) Altre fonti | 254 |
| Sezione 1: Atti | 254 |
| A) La legge e gli atti amministrativi | 255 |
| B) Il testamento | 258 |
| C) La rinuncia all’accessione..... | 258 |
| Sezione 2: Fatti | 260 |
| A) L’usucapione | 261 |
| B) Gli usi | 270 |
| <i>PARTE II: ALCUNE MANIFESTAZIONI CONTEMPORANEE DEL DIRITTO DI SUPERFICIE.....</i> | <i>275</i> |
| TITOLO 1: Locazioni superficiarie e proprietà di volumi..... | 275 |
| Capitolo 1) Le locazioni reali..... | 275 |
| Sezione 1: Gli specifici contratti di locazione francesi attributivi di un diritto reale | 275 |
| A) I contratti di locazione che conferiscono un diritto reale negli usi locali di alcune regioni della Francia | 281 |
| B) Bail emphytéotique | 286 |

| | |
|---|------------|
| a) Origine dell'enfiteusi: cenni storici | 287 |
| b) Sopravvivenza e reviviscenza dell'enfiteusi in Francia: dal silenzio del Code civil alla consacrazione legislativa | 290 |
| c) Enfiteusi e superficie: un rapporto di lunga data | 295 |
| d) Natura e finalità del contratto | 299 |
| e) Rapporto con le disposizioni generali in tema di locazioni | 303 |
| f) L'ampia libertà delle parti e gli elementi essenziali del contratto | 305 |
| g) La disciplina del rapporto e il problema delle locazioni concesse dall'enfiteuta | 311 |
| h) Fine del rapporto | 316 |
| C) Bail à construction | 317 |
| a) Regolamentazione e genesi | 317 |
| b) Finalità del contratto e natura del diritto conferito | 319 |
| c) Differenza tra bail à construction e bail emphytéotique | 325 |
| d) Elementi essenziali | 327 |
| e) Obblighi e diritti delle parti | 331 |
| f) Fine del rapporto | 335 |
| g) Bail à construction e comproprietà | 337 |
| D) Bail à réhabilitation | 341 |
| a) Normativa e finalità | 341 |
| b) Il rapporto contrattuale e la sua fine | 346 |
| E) Concession immobilière | 349 |
| a) Natura del rapporto, al confine tra personale e reale | 349 |
| b) Regime: cenni | 354 |
| F) Bail réel immobilier e bail réel solidaire | 356 |
| a) Bail réel immobilier: la funzione | 357 |
| b) Definizione del bail réel immobilier e natura del diritto conferito | 361 |
| c) Il regime giuridico del bail réel immobilier: aspetti prevalentemente privatistici | 364 |
| d) Bail réel solidaire: aspetti prevalentemente privatistici | 366 |
| Sezione 2: Le locazioni reali: comparazione e problematizzazione | 371 |
| Sottosezione I: L'enfiteusi in altri modelli giuridici: uno sguardo comparativo | 371 |
| A) L'enfiteusi in Belgio (cenni) | 371 |
| B) L'enfiteusi in Italia | 375 |
| a) Dal Codice civile italiano del 1865 al Codice civile del 1942 alla legislazione speciale del dopoguerra: tentativi di rivitalizzazione di dubbio successo | 375 |
| b) Il regime attuale dell'enfiteusi italiana | 382 |
| c) Italia e Francia: considerazioni comparative | 388 |
| Sottosezione II: Le locazioni reali e il modello di proprietà del Code civil | 396 |
| A) Locazioni reali e crisi del modello francese di proprietà | 397 |

| | |
|---|-----|
| a) La crisi della teoria dell'accessione immobiliare | 397 |
| b) Proprietà assoluta, esclusiva, perpetua? | 399 |
| B) Dalla proprietà limitata alla proprietà conformata | 405 |
| Capitolo 2) La proprietà di volumi | 410 |
| Sezione 1: Una nuova concezione dell'immobile | 410 |
| Sottosezione I: La divisione dello spazio in volumi oggetto di appropriazione | 411 |
| A) Le riflessioni di Savatier : una nuova concezione dell'immobile | 411 |
| a) Dal fondo di terra alla particella catastale: un'astrazione della nozione di bene immobile | 411 |
| b) Dalla superficie piana al volume | 413 |
| c) Proprietà di volumi e diritto di superficie | 416 |
| B) La diffusione della divisione in volumi | 418 |
| a) Gli insiemi immobiliari complessi nella prassi: l'utilizzo di una nuova tecnica di ripartizione degli spazi | 419 |
| b) La gestione dei rapporti tra proprietari negli insiemi immobiliari complessi | 430 |
| c) L'accoglienza della giurisprudenza | 433 |
| Sottosezione II: Le conseguenze della nuova concezione dell'immobile | 436 |
| A) Comproprietà e proprietà di volumi: un rapporto difficile | 436 |
| a) La nozione di lot de copropriété | 439 |
| b) I limiti del regime della comproprietà | 445 |
| c) La sovrapposizione dei due sistemi di organizzazione degli immobili in comproprietà e in volumi | 450 |
| B) Verso una dematerializzazione anche della proprietà immobiliare | 456 |
| Sezione 2: Proprietà di volumi e circolazione transfrontaliera dei modelli di appartenenza | 460 |
| Sottosezione I: Configurabilità della divisione in volumi oggetto di appropriazione in altre esperienze di civil law | 461 |
| A) Il rigetto della proprietà di volumi in Belgio | 461 |
| B) Prospettive e ostacoli in Italia | 463 |
| C) Il contratto di cessione di volumetria edificabile in Italia | 469 |
| Sottosezione II: Proprietà immobiliare dematerializzata tra common law e civil law: prospettive di dialogo tra sistemi giuridici | 475 |
| A) La caduta di un altro dogma della concezione continentale moderna della proprietà immobiliare | 475 |
| B) La permanenza di una differenza strutturale tra modelli dominicali di civil law e di common law | 477 |
| C) Alcuni elementi di convergenza in materia di proprietà con il mondo di common law | 480 |
| D) Modelli di proprietà e modelli di società | 483 |

| | |
|--|------------|
| TITOLO 2: Il diritto di superficie e l'interesse generale | 486 |
| Capitolo 1) Diritto di superficie e demanio pubblico | 486 |
| Sezione 1: Locazioni, autorizzazioni e concessioni amministrative che attribuiscono un diritto reale sul suolo pubblico..... | 486 |
| A) Bail emphytéotique administratif | 488 |
| B) Autorizzazione di occupazione del demanio pubblico francese costitutiva di diritti reali..... | 498 |
| C) Concessioni amministrative su beni demaniali in Italia | 504 |
| Sezione 2: Demanio pubblico e divisione in volumi | 508 |
| A) L'incompatibilità tra demanialità pubblica e comproprietà | 508 |
| B) La soluzione della divisione in volumi in proprietà esclusiva | 510 |
| Capitolo 2) Una funzione sociale per il diritto di superficie | 513 |
| Sezione 1: Superficie e politiche abitative | 513 |
| A) Gli aspetti sociali di alcune locazioni che conferiscono un diritto reale istituite dal legislatore in Francia..... | 513 |
| a) Pass foncier (cenni) | 514 |
| b) Bail à réhabilitation | 516 |
| c) Bail réel immobilier e bail réel solidaire | 520 |
| d) Community land trust e nuove locazioni reali francesi..... | 528 |
| B) Il diritto di superficie nella realizzazione in Italia di parcheggi e di opere a fini di edilizia popolare su terreni espropriati dai comuni..... | 538 |
| a) L'edilizia residenziale pubblica | 539 |
| b) I cosiddetti parcheggi pertinenziali su aree pubbliche..... | 544 |
| Sezione 2: Un'attualizzazione del principio del lavoro in un sistema di produzione complesso alla luce delle istanze costituzionali italiane | 547 |
| A) La proprietà nella Costituzione italiana | 548 |
| B) Diritto di superficie e istanze costituzionali in tema di proprietà: osservazioni conclusive | 553 |
| BIBLIOGRAFIA | 561 |

LE DROIT DE SUPERFICIE DANS LES SYSTEMES DES REGLES D'APPARTENANCE : UNE APPROCHE COMPARATIVE (RESUME EN FRANÇAIS DE LA THESE)

INTRODUCTION

L'objet de cet article est le droit de superficie, en tant que manifestation principale des phénomènes de dissociation juridique de l'immeuble, dans une perspective comparative. On prendra en considération plusieurs modèles juridiques, notamment France, Italie et Belgique, avec un regard aussi à la *common law*, et plusieurs aspects de cette institution. La superficie est une institution de frontière, difficile à catégoriser, et présente des différences importantes entre ces ordres juridiques : non pas explicitement réglementée en France, normée en Italie par le *Codice civile* et en Belgique par une loi spéciale, les diversités concernent non seulement la forme, mais aussi le fond des règles et leur usage dans la pratique du droit. Cet article a en premier lieu (A.1) le but d'analyser les raisons historiques et systématiques de ces différences, notamment pour comprendre pourquoi le droit de superficie s'est récemment développé en France en une multitude de figures, chacune répondant à des besoins sociaux spécifiques, bien au-delà des emplois de cette institution pratiqués dans le modèle juridique italien. La Belgique pourra fournir d'autres éléments intéressants de comparaison, en tant que système de droit civil en général très proche de celui de la France, mais ayant connu des développements autonomes importants dans la matière spécifique de la superficie. Ensuite (A.2), on regardera sous un autre angle à la dimension théorique problématique de la superficie et on approfondira son aptitude à mettre en question la conception rétrécie des systèmes propriétaires de *civil law*, en dévoilant, derrière le rideau romaniste, la permanence à un niveau profond aussi d'éléments de la culture germanique de la propriété. Cette aptitude fait de la superficie un candidat idéal pour se présenter comme l'un des canaux possibles de

dialogue et d'hybridation juridique de succès entre les deux familles de la tradition juridique occidentale, la *civil law* et la *common law*.

Après ces réflexions générales sur le droit de superficie dans les systèmes juridiques continentaux envisagés et dans leur rapport avec le monde de *common law*, on concentrera l'étude comparative sur un aspect plus spécifique de cette institution, enraciné dans sa fonction soit dans l'histoire, soit dans les droits contemporains : la deuxième partie de l'article est donc spécialement dédiée au rapport entre le droit de superficie et l'intérêt général, un rapport qui est l'héritage de l'inspiration communautaire du droit germanique des situations d'appartenance, lequel, dans les ordres juridiques étudiés, influence beaucoup la configuration actuelle de cette institution. On envisagera donc (B.1) des utilisations de la superficie inspirées à la valorisation de la propriété des personnes publiques et à des finalités de solidarité sociale, en présence, surtout en France, de plusieurs *corpora* de règles qui se servent du droit de superficie en hybridant des instruments et des buts du droit civil, du droit administratif et du droit des politiques sociales. On approfondira à ce propos l'expérience de l'importation récente en France du *community land trust*, aussi pour confirmer l'hypothèse du droit de superficie en tant que pont idéal entre *civil law* et *common law*. Enfin (B.2), de tout cela on fera découler une réflexion sur le droit de superficie en tant que l'un des outils possibles servant à une relecture et à une réforme du droit de la propriété en Italie à la lumière des valeurs introduites par la Constitution républicaine de 1947, dans le cadre d'un effort de constitutionnalisation du droit privé. L'empreinte vigoureuse du caractère d'exaltation du travail humain autour duquel se construit le droit de superficie – soit sur le plan historique, soit sur le plan de son fondement philosophique – le rend en effet très apte à contribuer à la pénétration capillaire dans la vie juridique de l'approche de valorisation du travail ayant inspiré l'œuvre des constituants italiens. Le développement plus large et plus souple de la superficie en droit français, ainsi que certaines élaborations de la doctrine belge, pourraient par conséquent être la source de plusieurs suggestions pour le législateur italien, ainsi que pour les interprètes et pour les opérateurs du droit en Italie.

A. LA DISSOCIATION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE DANS LE CLIVAGE *CIVIL LAW/COMMON LAW*

La dissociation juridique de l'immeuble est la situation dans laquelle la propriété (de tout ou partie) du dessus ou du dessous d'une construction est distincte de celle du sol, en permettant des montages immobiliers plus ou moins complexes. Le droit de superficie est l'instrument, exclusif ou prévalent, qui dans plusieurs systèmes juridiques continentaux réalise l'exigence de réaliser ces dissociations, avertie de plus en plus fréquemment avec l'urbanisation massive des sociétés du XXI^e siècle. Comme on le verra, les variations du régime du droit de superficie entre France, Belgique et Italie différencient le rapport entre droit de superficie et dissociation juridique de l'immeuble. Notamment, en France cette institution souple recouvre plus largement le spectre des demandes sociales de dissocier les titres d'appartenance sur une construction dans l'espace, tandis qu'en Italie, avec la superficie canalisée dans les bornes propres à la réglementation explicite du Code civil, une plus large partie de ce spectre est couverte autrement ou pourrait n'être pas adéquatement couverte. La dissociation juridique de l'immeuble, ainsi que le droit de superficie qui en est la manifestation la plus courante, ont recouvert un rôle ambigu, un peu dans l'ombre, dans les systèmes juridiques modernes, idéologiquement orientés vers l'idée libérale de l'absolutisme de la propriété et essayant de supprimer toute réminiscence des propriétés collectives germaniques. Ayant survécu – à cause de son enracinement profond dans la pratique du droit pour répondre à des nécessités concrètes de vie des personnes – à la vague du libéralisme, elle a repris à jouer un rôle moins résiduel et plus explicite en présence de phénomènes comme l'urbanisation massive et l'interventionnisme social de l'Etat. L'ambiguïté de l'institution n'a quand même pas totalement disparu et demeure dans les amples débats des juristes sur son encadrement et sur sa nature dans les systèmes de droit des biens, à la frontière entre l'idée plus abstraite d'un démembrement de la propriété et l'idée plus matérielle d'une division de la chose immobilière en des parties isolables distinctes en hauteur (comme déjà cela se passe sans problèmes en largeur), devenant de nouveaux

immeubles¹. En France l'adoption de l'une ou de l'autre perspective, dans un cadre juridique très flexible, est souvent choisie en fonction du montage concrètement envisagé (bail attributif d'un droit réel, division de la propriété en volumes, etc.), tandis qu'en Italie et en Belgique l'intervention du législateur semble avoir figé le point d'équilibre entre ces deux lectures possibles, en accentuant l'aspect de droit réel sur le sol d'autrui.

1) Comparison involves history : le parcours historique et la systématisation de la superficie en France, en Belgique et en Italie

Peu d'institutions juridiques confirment plus clairement que le droit de superficie la devise du droit comparé « *comparison involves history* »², dans le sens que l'on ne peut comprendre les différences et les similitudes des systèmes juridiques et les espaces de dialogue entre eux, qu'en connaissant d'une façon approfondie leurs histoires. Pour analyser le rôle du droit de superficie aujourd'hui en France, en Belgique et en Italie, il faut alors commencer par un regard rapide aux évolutions qui y ont caractérisé cette institution au fil du temps.

La conception classique unitaire du *dominium* faisait obstacle à toute hypothèse de division de la propriété immobilière en couches superposées, en attirant à celle du sol, sans dérogation possible, la titularité absolue et exclusive du dessus et du dessous³. Ce système évolua avec le temps, tandis que la société romaine était confrontée à une urbanisation massive requérant de nouvelles et plus souples règles de droit. Dans un but d'exploitation économique des utilités constructives du fonds sans impliquer sa cession définitive, on commença à attribuer à des tiers la possibilité d'édifier sur le sol d'autrui, public⁴ et successivement aussi privé, dans un premier temps dans le

¹ J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble : contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976, pp. 3 ss. ; cfr W. Dross, *Droit des biens*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 299.

² G. Gorla, « *Comparison involves history* », dans G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milan, 1981, pp. 41 ss.

³ « *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).

⁴ R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, dans G. Choiseul *et alii* (sous la direction de), *Coutume, usages et pratiques : disputatio magistrorum et scholarium argentorati*, Paris, 2015, p. 28.

cadre d'un rapport de *locatio conductio* de longue durée⁵. Par l'œuvre du préteur, la rendant directement justiciable à l'égard de tiers, la situation du superficiaire ne tarda à s'approcher à la sphère de la réalité, jusqu'à s'y établir décidément à l'époque de Justinien, en tant que droit réel sur le fonds d'autrui ayant un contenu ample d'attribution de la pleine jouissance d'un bâtiment ou d'une partie de celui-ci, aliénable, susceptible d'hypothèque et transmissible aux héritiers⁶. Mais ce ne fut que dans une phase encore successive que ce droit se manifesta sous la forme de propriété superficiaire⁷.

L'avènement des invasions barbares, le nouveau paradigme culturel et religieux et la fin de l'Empire romain eurent en tant que conséquence en matière de droit des situations d'appartenance un affaiblissement du principe individualiste de l'accession en faveur d'un principe solidariste, en vertu duquel tout ce que l'homme produit par son œuvre et son travail lui appartient, sauf si y fait obstacle un autre principe de droit auquel la loi donne prévalence dans le cas spécifique, l'acquisition d'un bien dépendant ainsi en général du fait du travail humain et non pas d'un rapport de prééminence entre des choses⁸. La notion ayant une source romaine du droit de superficie, en tant qu'exception, dérogation et tempérament aux implications les plus extrêmes du régime du *dominium*, s'affaiblissait par conséquent jusqu'à l'époque de la redécouverte du droit romain, tandis que dans la multitude de droits coutumiers locaux des formes diverses de décomposition de la titularité du sol de celle des plantations et des œuvres se diffusaient. Tout cela dépendait largement des conditions économiques de l'époque⁹ : fuite des gens des villes à la campagne, agriculture de

⁵ F. Pastori, *La superficie nel diritto romano*, Milan, 1962, pp. 43-44.

⁶ P. Bonfante, *Diritto romano*, Florence, 1900, p. 316.

⁷ V. G. Pugliese, *Note sulla superficie nel diritto giustiniano*, Milan, 1943 ; F. Sitzia, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milan, 1979, p. 109.

⁸ V. Simoncelli, *Nota a Trib. civ. Lecce, 8 giugno 1899*, dans *Il foro it.*, 1900, I, c. 70 ; A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, dans P. Cendon (sous la direction de), *Il diritto privato oggi*, Milan, 2004, p. 24.

⁹ V. R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, dans G. Choiselet et alii (sous la direction de), *Coutume, usages et pratiques : disputatio magistrorum et scholarium argentorati*, Paris, 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

subsistance, réduction de la population, délaissement des fonds, en rendant nécessaire que le droit encourageât leur culture même au détriment de la situation juridique du propriétaire formel. L'une des réponses à ces besoins fût une plus souple ouverture à des schémas de séparation horizontale de la propriété, valorisant l'exploitation d'éléments du dessus – attribués de façon variée selon le temps et le lieu à titre de propriété à plusieurs sujets différents – sans sacrifier complètement les intérêts du titulaire du sol¹⁰. En général, on assiste à un changement profond des règles des situations d'appartenance, en passant de la vision formaliste et subjective du *dominium*, en tant que forme unitaire et exclusive d'exercice de pouvoirs originaux sur la chose de la part d'un seul sujet, valable *erga omnes*, à une conception tendant plutôt à donner un habillage juridique au fait économique, à l'effectivité bariolée des situations possessoires visant à la jouissance productive d'une ou de plusieurs des potentialités concrètes de la chose, à travers la reconnaissance de la part de l'ordonnement juridique de ces situations possessoires, au moins jusqu'à ce qu'un meilleur titre à la possession de quelqu'un d'autre se manifeste¹¹.

La conception romaine de la propriété, qui malgré tout n'avait jamais été complètement éradiquée, revenait à attirer l'attention seulement à l'époque de la redécouverte des sources romaines, tandis que de nouveaux phénomènes d'urbanisation commençaient à se dérouler ; alors les juristes interprétaient et expliquaient le droit de leur présent à la lumière de règles et de principes qu'ils recherchaient, en les idéalisant, dans le droit romain. On admettait une propriété séparée de la construction, en tant qu'exception à la règle de l'accession, en mélangeant d'une manière variée selon le territoire des institutions juridiques ayant des origines diverses comme superficie, emphytéose, fief, baux de longue durée et beaucoup d'autres droits existants dans les coutumes locales, tous placés dans le cadre de la théorie du double domaine, qui essayait d'adapter le *dominium* romain aux

construction et celui du sol » ; A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, dans *Rivista di diritto civile*, n° 4, 1915, p. 481.

¹⁰ 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 subsistent ».

¹¹ L. Moccia, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, dans L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padoue, 2016, pp. 114-116.

régimes féodaux des situations d'appartenance – manquant d'homogénéité, stratifiés et axés sur le lien avec le *status* du bénéficiaire – pour les légitimer de l'autorité idéale du *corpus iuris civilis*¹². A travers la notion de domaine utile, des droits sur la chose d'autrui étaient transformés idéalement en des formes de propriété, économiquement commercialisables ; le superficiaire était ainsi réputé propriétaire de la chose à titre utile, ce qui marquerait l'institution de la superficie aussi dans ses évolutions successives, avec une intensité particulière due à la fusion conceptuelle entre la dissociation idéale de la propriété en éminente et utile et la dissociation juridique de la matérialité de l'immeuble entre le sol et le dessus¹³.

En France, au lendemain de la Révolution, l'englobement de la superficie dans la théorie du double domaine rendait cette institution « suspecte » aux yeux du nouveau pouvoir, réalisant le dessin de la nouvelle classe dominante bourgeoise de libérer la propriété immobilière de tous poids¹⁴ en limitant la pleine exploitation économique capitaliste et une circulation facile¹⁵. La codification civile de 1804 essaya – pour écarter toute coexistence et superposition de droits de propriété sur une chose correspondant à ses diverses utilités – de rétablir le modèle romain du *dominium*, en le symbolisant dans la proclamation de l'absolutisme propriétaire de l'article 544. La propriété du Code civil, unitaire, absolue, exclusive et perpétuelle, était assortie d'une notion forte d'accession telle que les anciens romanistes et, puis, surtout Pothier, avaient refondu et systématisé sur la base des matériaux du droit romain. Le droit de superficie n'était, comme celui d'emphytéose, même pas cité dans le texte¹⁶, mais soit l'un, soit l'autre, survécus dans la pratique du droit, surtout à la campagne, étaient reconnus par la jurisprudence. Un espace très étroit pour le droit de superficie fut trouvé dans la formulation de l'article 553 du Code (qui, avec l'article 552, reformulait le concept de l'article 187 de la Coutume de Paris), qui, en établissant que toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont

¹² V., *ex ceteris*, A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, dans *Rivista di diritto civile*, n° 4, 1915, p. 494 ; P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Naples, 2006, p. 70 ; J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Paris, 2010, pp. 423-428.

¹³ V. F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels : étendue de la propriété foncière*, dans *RTD civ.*, 1999, pp. 146-147 ; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., Paris, 2008, p. 226.

¹⁴ V. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 2, 17.

¹⁵ V. art. 537 Code civil.

¹⁶ On le trouve aujourd'hui cité aux articles 2521 et 2531, parmi les dispositions applicables à la collectivité territoriale d'outre-mer de Mayotte.

présumées faites par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, admettait la preuve contraire, en ajoutant aussi que la règle ne préjudiciait pas 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 bâtiment¹⁷. Avec le soutien de la plupart des auteurs¹⁸, la jurisprudence, après quelques hésitations sur la place dans le système du Code des situations de dissociation juridique de l'immeuble¹⁹, en fit des droits de propriété physiquement superposés mais pleins, indépendants et absolus²⁰, dans une vision adhérent à l'idéologie de l'individualisme propriétaire du Code. La figure de la superficie acquérait ainsi un caractère résiduel et expansif, en récupérant, au moins formellement, au système postrévolutionnaire du droit des biens une variété de situations préexistantes, parfois depuis des temps immémoriaux, qu'il ne semblait pas socialement désirable mettre en question. Cette construction était néanmoins bien fragile : dans le but d'éviter une compromission du nouveau système, que l'on voulait inspiré au droit romain, elle en cachait la compromission à un état souterrain et latent, en accueillant en vérité la conception médiévale de la superficie (avec son inspiration

¹⁷ V. aussi l'art. 664 de la version originale du Code, avant la réglementation de la copropriété des immeubles bâtis.

¹⁸ V. P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. 3, 4^e éd., 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. 1, 4^e éd., Paris, 1870, p. 371 : « La superficie est donc un vrai droit de propriété, c'est-à-dire un bien corporel 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*, 5^e éd, t. 2, Paris, 1897, pp. 623-624 : « Le droit de superficie est un droit de propriété portant sur les constructions, arbres, ou plantes, adhérent 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 ».

¹⁹ En les qualifiant comme des formes d'indivision ou de copropriété : *Cass. req.*, 1 févr. 1834, *S.*, 1834, 1, 205, affaire "Caquelard" ; *Cass. req.*, 22 mars 1836, *S.*, 1836, 1, 385 ; *Cass. civ.*, 31 janv. 1838, *S.*, 1838, 1, 120 ; *Cass. req.*, 22 nov. 1841, *S.*, 1842, 1, 191 ; *Cass. civ.*, 5 juill. 1848, *D.*, 1848, 1, 137 ; comme des servitudes : *Cass. req.*, 14 nov. 1853, *S.*, 1854, 1, 105 (même si par une formulation 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.*, 1^{er} mai 1888, *D.*, 1888, 1, 219 ; cfr A.-M. Patault, *La propriété non exclusive au XIX^e siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*, dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1983, pp. 217 ss.

²⁰ *Cass. req.*, 21 oct. 1813, dans M. D. Dalloz et alii, *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence*, t. 38, Paris, 1857, *Propriété*, pp. 266-267, note 2 ; *Cass. req.*, 7 mai 1838, *S.*, 1838, 1, 719 ; *Cass. civ.*, 18 mai 1858, *D.*, 1858, 1, 218 ; *Cass. req.*, 23 déc. 1861, *D.*, 1862, 1, 129 ; *Cass. civ.*, 16 déc. 1873, *S.*, 1874, 1, 457 ; *Cass. civ.*, 14 nov. 1888, *D.*, 1889, 1, 469 ; *Cass. req.*, 27 avr. 1891, *D.*, 1892, 1, 219, affirmant aussi la perpétuité du droit ; *Cass. req.*, 8 nov. 1911, *D.*, 1912, 1, 484.

germanique), en tant que droits de propriété superposés, même si libérés du cadre de la théorie du double domaine, et non en tant que droit réel sur le fonds d'autrui.

Les juristes français d'aujourd'hui se partagent encore entre les partisans d'un tel point de vue, dit « moniste », sur la superficie²¹ et les partisans d'une théorie, dite « dualiste », qui, sur la base de la considération de l'abstraction excessive impliquée par la vision traditionnelle²², reconnaît la superficie comme ayant une nature complexe : droit réel²³ sur le sol d'autrui, une sorte de participation à sa propriété consistant en la prérogative d'y bâtir ou d'y planter, intégré avec un conséquent véritable droit de propriété séparée sur les constructions ou plantations²⁴. Encore, il y a quelqu'un qui, dans le but de récupérer la conception romaine de la superficie, plus

²¹ V. déjà G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI : des biens, 3^e éd., Paris, 1905, p. 242 ; A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 3^e éd., Paris, 1921, pp. 789-790 ; L. Josserand, *Cours de droit positif français*, t. 1, 2^e éd., Paris, 1932, pp. 943-945, pp. 1008-1010 ; de nos jours, H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens : droit de propriété et ses démembrements*, t. 2, v. 2, 8^e éd., Paris, 1994, p. 5, pp. 122-123 ; W. Dross, *Droit des biens*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 299 ; en discutant de baux réels, v. D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, dans *Gaz. Pal.*, 1974, 1, *Jurisprudence*, p. 439 ; en discutant de la propriété de volumes, P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, dans *Rép. Deffrénois*, 1975, 1^{re} p., p. 1223 ; P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, dans *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e 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*, dans *Division de l'immeuble : le sol, l'espace, le bâti, 103^e 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. ; plus attentifs à la problématique de la nécessité d'un droit réel ou personnel comportant la mise à disposition du sol au superficiaire, qu'ils recherchent dans un titre externe au droit de superficie mais qui est la source de celui-ci, v. P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, *passim*, notamment pp. 29-30 ; C. Larroumet, *Droit civil*, t. 2 : les biens, droits réels principaux, 5^e éd., Paris, 2006, pp. 435 ss. ; G. Cornu, *Droit civil – les biens*, 13^e éd., Paris, 2007, p. 248 ; P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 6^e éd., Paris, 2015, pp. 292-293.

²² Cfr C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, 1983, 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 » ; G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, dans *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, 1983, p. 293, note 43.

²³ Ou, pur quelques-uns, personnel : J. Cumenge, *Imbrication dans l'espace de propriétés privées et publiques*, dans *Tunnels et ouvrages souterrains*, 1974, p. 254.

²⁴ J.-P. Bertrel, *L'accession artificielle immobilière : contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie*, dans *RTD civ.*, 1994, pp. 770-771 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3 : les biens, 19^e éd., Paris, 2000, pp. 339-340 ; v. déjà J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. 8, Dijon, 1825, p. 549 ; A. Weiss, *Des droits de superficie, en droit français et en droit romain*, thèse Strasbourg, 1853, pp. 40-41 ; cfr, dans la jurisprudence, *Cass. req.*, 5 nov. 1866, *S.*, 1866, 1, 441 ; *Cass. 3^e civ.*, 16 mai 2001, n^o 98-70142 : « le bail à construction conférerait 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 constructions ainsi édifiées ».

proche peut-être de l'intention originaire des rédacteurs du Code – mais peu soucieux de la multiplicité d'usages qu'une institution désormais « contaminée » de la dimension propriétaire que le filtrage par le monde juridique germanique y a attaché a trouvé dans la pratique contemporaine du droit, en satisfaisant par son élasticité beaucoup de besoins sociaux diversifiés – voudrait réduire ce droit à une prérogative réelle sur le fonds d'autrui²⁵, en tant que telle soumise à prescription extinctive²⁶.

En tout cas, ce qui a fait la fortune de la superficie française semble avoir été précisément sa configuration légère et flexible due au manque d'un régime législatif précis, ce qui a permis à cette institution de se développer assez librement pour répondre à des exigences variées de la pratique du droit des immeubles auxquelles le système des biens du Code civil n'aurait pas facilement pu faire face autrement. Tandis qu'au XIX^e siècle il s'agissait surtout de sauver dans le nouveau système de droit civil des situations préexistantes de dissociation atypique de l'immeuble dans l'espace, dans le temps ou dans ses utilités économiques entre des sujets différents, aujourd'hui les manifestations de la superficie les plus répandues et les plus fécondes consistent en les baux réels et en la propriété de volumes. Les juristes français conviennent qu'un bail ordinaire peut attribuer pendant la durée du rapport au preneur d'un fonds un droit de superficie sur les œuvres qu'il va y réaliser, au moins si cela résulte explicitement²⁷ ou implicitement²⁸ du contrat. En outre, le législateur a adopté avec le temps plusieurs figures spécifiques de baux réels, chacune attribuant au preneur un droit de superficie, différenciées selon l'exigence spécifique envisagée au cas par cas, dans le but de favoriser des typologies d'opérations immobilières, souvent en présence d'intérêts généraux. L'archétype de ces figures hybrides est le bail emphytéotique, c'est-à-dire la forme dans laquelle le législateur français a en

²⁵ F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels : droit de superficie*, dans *RTD civ.*, 1995, pp. 656 ss. ; adde, F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse Lyon III, 2001.

²⁶ F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels : droit de superficie*, dans *RTD civ.*, 1995, pp. 657-658 ; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., Paris, 2008, p. 219.

²⁷ *Cass. req.*, 27 mai 1873, *S.*, 1873, 2, 254 ; *Cass. 3^e civ.*, 6 nov. 1970, *D.*, 1971, *J.*, 395 ; *Cass. 3^e civ.*, 12 mars 2002, n^o 00-21123 ; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., Paris, 2008, pp. 223-224 ; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil : les biens*, 9^e éd., Paris, 2014, p. 842.

²⁸ *Cass. civ.*, 7 avr. 1862, *S.*, 1862, 1, 450 ; *Cass. civ.*, 26 juill. 1921, *D.*, 1925, 1, 78 ; *Cass. civ.*, 14 déc. 1923, *D.*, 1925, 1, 111 ; E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Paris, 1894, pp. 288-289 ; Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 2, 5^e éd., Paris, 1897, p. 627 ; G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI : *des biens*, 3^e éd., Paris, 1905, p. 31 ; L. Josserand, *Cours de droit positif français*, t. 1, 2^e éd., Paris, 1932, p. 945 ; cfr M. Planiol, G. Ripert, M. Picard, *Traité pratique de droit civil français : les biens*, t. 3, Paris, 1926, p. 317.

1902 cristallisé dans cet ordre juridique l'emphytéose, dans le sillage de la tradition d'Ancien Droit et de la pratique juridique, mais (comme déjà depuis la Révolution) en interdisant sa perpétuité. Comme l'article L451-10 du Code rural le consacre, l'emphytéose française est en même temps attributive au preneur, profitant de l'accession pendant la durée du rapport, aussi d'un droit de superficie, ce qui a donné lieu à des montages immobiliers sophistiqués, cumulant la souplesse d'un droit personnel et la solidité de deux droit réels. Le succès du bail emphytéotique bien au-delà du monde rural – ce qui est dû précisément à son aptitude à attribuer, à travers le droit de superficie qui s'y accompagne, la jouissance de l'utilité constructive d'un fonds, dans le cadre d'un rapport conventionnel de longue durée axé sur un projet d'amélioration d'un fonds – a poussé le législateur à la création de nouveaux et plus spécifiques baux réels (notamment bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier, bail réel solidaire, bail emphytéotique administratif), dans lesquels le droit réel conféré est directement et simplement un droit de superficie, adapté d'une manière variée à l'opération envisagée²⁹.

L'autre évolution contemporaine de la superficie en France est la propriété de volumes. On l'a décrite ainsi : « 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

²⁹ Plusieurs auteurs français, adoptant l'interprétation moniste, qui ne voit dans la superficie rien d'autre que des droits de propriété juxtaposés, sont au contraire poussés par leur vision à « dédoubler », comme dans le bail emphytéotique, le droit réel conféré au preneur par ces autres contrats. Le bail attribuerait donc une sorte de droit réel innommé autorisant le preneur à bâtir et lui donnant le titre nécessaire pour acquérir, une fois réalisée l'œuvre, aussi la propriété superficière de celle-ci : C. Larroumet, *Droit civil*, t. 2 : *les biens, droits réels principaux*, 5^e éd., Paris, 2006, p. 444 ; cfr H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens : droit de propriété et ses démembrements*, t. 2, v. 2, 8^e éd., Paris, 1994, pp. 414-415 ; v. aussi C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficière*, Paris, 1983, p. 128. C'est pour cette raison que les baux réels semblent l'un des points faibles de la théorie moniste, qui, en la présence dès le début du rapport d'un droit réel sur le fonds tel que la loi l'attribue, est contrainte à une multiplication conceptuelle des droits réels peu conforme au rasoir d'Occam.

des propriétaires différents »³⁰. Théorisée dans un premier temps par Savatier comme une évolution de la conception de l'objet de la propriété immobilière, d'un plan à un espace³¹, plutôt que comme une nouvelle forme du droit de superficie³², la plupart des auteurs et des praticiens du droit – confrontés à la réalisation de grands ensembles immobiliers auxquels le régime légal de la copropriété des immeuble bâtis, avec ses parties communes, peu s'adapte, d'autant plus en la présence éventuelle de locaux du domaine public – ont plus traditionnellement conçu cette propriété de volumes d'espace dépourvue d'un droit sur le sol dans une certaine continuité avec la notion de superficie³³, à laquelle ils étaient plus familiarisés.

L'avant-projet de réforme du droit des biens³⁴, proposition doctrinale de mise à jour du deuxième livre du Code civil, face à cette multitude bigarrée de phénomènes juridiques réunis sous le cadre unique de l'institution superficière, a hardiment proposé de les séparer selon leur titre constitutif: la propriété d'une partie du fonds située au-dessus ou au-dessous d'une limite conventionnellement fixée, ainsi que les volumes créés par une division spatiale moyennant l'établissement d'un état descriptif de division, parmi les règles concernant l'objet de la propriété immobilière, comme

³⁰ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil : les biens*, 9^e éd., Paris, 2014, p. 839.

³¹ R. Savatier, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, dans *RTD civ.*, 1958, pp. 1 ss.; R. Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, dans *RTD civ.*, 1958, pp. 331 ss.

³² R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, dans *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 105-106 ; v. aussi P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, p. 29 ; H. Périnet-Marquet, *L'immeuble et le Code civil, dans 1804-2004, le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, 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 » ; J.-C. Chaput, S. Rochegude, *De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier*, dans *Rép. Defrénois*, 2007, 1^{re} p., 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 ».

³³ E. Sommier, *La division de la propriété immobilière*, dans *JCP N*, 1976, 1, *Formules*, n° 2788, parr. 1-8 ; P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, dans *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e 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*, dans *AJPI*, 1981, pp. 691 ss. ; Ph. Simler, *Ouvrages complexes et droit de propriété*, dans *RDI*, 1999, p. 494 ; G. Daublon, *Droit de superficie et état descriptif de division*, dans *Rép. Defrénois*, 2000, 1^{re} p., pp. 21 ss. ; J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, dans P. Malinvaud (sous la direction de), *Droit de la construction*, 7^e éd., Paris, 2018, pp. 2072 ss.

³⁴ H. Périnet-Marquet (sous la direction de), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Paris, 2009.

Savatier l'avait suggéré ; les droits réels conférés par certains baux comme des démembrements du droit de propriété, variétés de droits réels attributifs au preneur d'un fonds de l'utilité de construire ou de planter sur celui-ci, en acquérant, pendant la durée du contrat, la propriété de ce qu'il a réalisé ; enfin, un droit réel de jouissance spéciale, conférant, sous réserve des règles d'ordre public, le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs biens, en absorbant la fonction de la superficie de soupape de décharge du système de droit des biens du Code en présence de nécessités atypiques de dissociation des utilités d'un immeuble : une fonction qui s'était manifestée surtout pendant le XIX^e siècle mais dont la vie juridique moderne continue quand même à nécessiter. L'adoption de la part du législateur français d'une telle perspective de décomposition en ses schémas opératifs fondamentaux du droit de superficie, après l'avoir laissé développer spontanément pendant longtemps dans le silence du Code, serait la source d'une certaine simplification du système, que les théories courantes, moniste, plus apte à expliquer la propriété d'un volume sans attribuer à son titulaire un droit portant sur le sol, et dualiste, mieux s'adaptant aux baux réels, ont du mal à reconstruire d'une manière cohérente.

En Belgique, où les événements historiques ont fait demeurer en vigueur le Code Napoléon, avec quelques modifications au fil du temps, le droit de superficie est l'une des institutions du droit des biens réglées avec plus de différences avec la France. Dès la loi du 10 janvier 1824 (adoptée avant la séparation des Pays-Bas et restée en vigueur), une réglementation spécifique s'ajoute aux articles du Code civil en matière d'accession³⁵, sur la base des interstices desquels les juristes français ont dû reconstruire le régime général de la superficie. Considéré longtemps un sujet désuet, suite à sa reprise par la pratique du droit, en vertu de la flexibilité et de la variété des opérations envisageables de dissociation juridique de l'immeuble, la superficie est revenue à attirer l'attention des juristes et une réforme en a récemment précisé et

³⁵ Notamment l'article 553, de l'esprit de *probatio diabolica* duquel les juristes belges tendent à donner une interprétation plus souple que leurs collègues français : 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*, dans *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 ».

modernisé la réglementation, par la loi du 25 avril 2014³⁶. L'article premier de la loi sur le droit de superficie, tel que réformé, le définit comme « le droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations, en tout ou partie, sur, au-dessus ou en-dessous du fonds d'autrui. Le droit de superficie peut être constitué par tout titulaire d'un droit réel immobilier dans les limites de son droit ». Si la formulation littérale semble tendre à une notion de la superficie seulement comme un droit réel sur le fonds d'autrui³⁷, la doctrine d'aujourd'hui interprète quand même « avoir » comme « avoir en propriété »³⁸, dans un modèle qui peut rappeler la théorie dualiste en France : « le droit de superficie est un droit réel caractérisé par le droit de bâtir, construire, planter sur la propriété d'autrui ; là est l'essence du droit de superficie, l'« utilité » de la chose d'autrui qu'il confère à son titulaire. La particularité du droit de superficie est qu'il emporte par définition (droit d'« avoir ») la propriété du sur-sol hier, ou du sous-sol, aujourd'hui, en tout ou en partie, donc, à notre sens, dans une vision contemporaine tridimensionnelle de la propriété immobilière, la propriété d'un volume. [...] 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 superficière et droit de superficie n'a pas lieu d'être. [...] En effet, bien 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 »³⁹. Malgré cette ouverture

³⁶ Des nouveautés législatives en matière de superficie pourraient prochainement découler de la réforme du droit des biens actuellement en discussion en Belgique : v. <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> .

³⁷ Cfr F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 8, 3^e éd., Bruxelles, Paris, 1878, pp. 494-496.

³⁸ A. Gosselin, L. Herve, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, dans *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2007, n^o 1, pp. 9-10.

³⁹ P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. 2 : *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, pp. 364-365.

théorique⁴⁰ à une approche tridimensionnelle en matière de propriété, en Belgique la jurisprudence fait obstacle à l'accueil d'opérations de division en volumes appropriables d'un espace abstrait telles que pratiquées en France⁴¹.

Parmi les règles belges de la superficie, largement disponibles, la seule qui ne peut pas être dérogée concerne le terme, ne pouvant pas dépasser 50 ans, sauf la faculté de renouvellement. Pendant cette durée, le titulaire du droit (dont le titre constitutif doit être transcrit dans les registres de publicité foncière) peut l'aliéner et l'hypothéquer, ainsi que grever de servitudes les biens qui font l'objet de son droit ; au cours de cette période, le constituant ne peut empêcher au superficiaire de démolir ou d'arracher les constructions, ouvrages ou plantations, s'il en a payé la valeur lors de son acquisition⁴² ou s'il les a réalisées, et pourvu que le fonds soit remis dans l'état où il se trouvait avant la construction ou la plantation. A l'expiration du droit, la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations passe au constituant, à charge d'en rembourser la valeur actuelle si le superficiaire (ayant le droit de rétention jusqu'au remboursement) les a réalisés ou, si déjà existants, s'il en avait payé la valeur.

La différence avec le modèle français, qui découle de la présence en Belgique d'un régime légal de la superficie, est profonde, à partir de l'existence d'une limite à la durée du droit. Mais l'élaboration des juristes belges a rapproché le chemin de la superficie entre les deux ordres juridiques, en distinguant les situations dans lesquelles le droit conféré consiste en un droit de superficie à titre principal – soumis au régime légal sauf convention contraire et impérativement pour ce qui concerne la

⁴⁰ V. aussi N. Verheyden-Jeanmart, P.-P. Renson, *La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes*, dans A. Wijffels (sous la direction de), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, 2005, pp. 333 ss.

⁴¹ Encore sur la base du texte législatif d'avant la réforme de 2014, qui a ensuite fait un premier effort de modernisation, v. *Cour de Cassation, 13 septembre 2013, n° C.12.0422.F* : « L'article 1er de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie permet de créer un droit réel consistant à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. [...] Un espace ouvert au-dessus du sol qui n'est délimité que par des lignes de peinture ou tout autre moyen de marquage au sol ne s'identifie pas à de tels ouvrages » ; sur cet arrêt, cfr J. Périlleux, *Picasso... un classique ! A propos de la propriété des volumes dans l'espace*, dans *Revue critique de jurisprudence belge*, 2014, n° 2, pp. 298 ss.

⁴² Par rapport à ces œuvres préexistantes, les juristes belges discutent de la nature du droit du superficiaire sur celles-ci, en oscillant entre un droit de propriété, un droit de jouissance semblable à celui de l'emphytéote ou un droit de jouissance plus limité, semblable à celui que le superficiaire a sur le sol : pour ce débat, v. H. De Page, R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 6, *Les biens (deuxième partie)*, Bruxelles, 1953, n° 693 ; J. Hansenne, *Les biens. Précis*, t. 2, Liège, 1996, n° 1249 ; P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. 2 : *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, p. 379.

limite de durée – des situations dans lesquelles il s'agit, au contraire, d'un droit de « superficie-conséquence », constitué d'une façon explicite ou implicite à titre accessoire, au service d'un autre droit constitué à titre principal : emphytéose (elle aussi régie par une loi de 1824), usufruit, servitude, bail ou éventuellement concession domaniale. Dans ces cas, sauf si la non-renonciation à l'accession immédiate du propriétaire du fonds émerge du titre, le droit principal, apte à justifier l'occupation du fonds, comporte aussi, pour son bénéficiaire, une propriété provisoire des constructions⁴³. Le régime du droit conféré – notamment les modalités de constitution, l'ampleur, la durée, les limites et les règles sur l'opposabilité à l'égard des tiers – n'est donc pas dans ces cas celui de la loi sur le droit de superficie, mais dépend du régime du droit principal⁴⁴. La superficie belge combine ainsi les avantages de la certitude d'un régime général précis de l'institution avec les avantages de souplesse des situations plus fluides où la superficie est la conséquence d'un autre droit. Une autre spécificité remarquable de la réglementation belge est la possibilité de constituer un droit de superficie de la part de tout titulaire d'un droit réel immobilier, même si autre que la propriété, naturellement dans les limites de son droit.

En Italie, la codification civile de 1865 avait explicitement réglementé le droit d'emphytéose, mais, assez fidèle au modèle français, non pas celui de superficie ; au contraire, le nouveau *Codice civile* de 1942 a traduit aussi la superficie en droit positif. La doctrine italienne avant 1942 se partageait, avec des similarités avec le débat français actuel, entre partisans d'une juxtaposition dans l'espace de propriétés

⁴³ V. déjà P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951, pp. 373-374 ; 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*, dans *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 ».

⁴⁴ P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. 2 : *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, pp. 361-364 ; cfr *Cass. 1^{re}*, 12 juin 2014, *Pasicrisie belge*, n° 422, 1483 ; *App. Liège*, 28 janvier 2015, n° F-20150128-10 ; *App. Liège*, 7^e ch., 11 janvier 2017, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2017, n° 20, p. 933.

autonomes⁴⁵, partisans d'une sorte de servitude sur le fonds d'autrui s'ajoutant à la propriété du dessus⁴⁶, partisans d'une copropriété *pro indiviso*⁴⁷, partisans d'un droit exclusivement personnel⁴⁸ et partisans d'une nature complexe du droit de superficie, en tant que droit réel autonome attribuant la prérogative d'édifier ou de planter avec la conséquence de l'acquisition de la propriété séparée de ce que l'on a réalisé, en essayant comme en France de déduire l'existence de ce droit des interstices des règles en matière d'accession⁴⁹ ou, plus radicalement, en rejetant le principe du *numerus clausus* des droits réels⁵⁰. C'est cette dernière théorie de la nature complexe, proche de la doctrine dualiste en France, qui a été reçue par le *Codice civile* de 1942 (articles 952-956), dont l'article 952 explicite que le propriétaire peut constituer le droit de faire et de maintenir au dessus du sol une construction (mais non pas une plantation, dont le législateur a voulu prohiber la propriété superficière, en la jugeant périlleuse pour l'exploitation agricole du fonds à cause des contrastes fréquents entre concédant et superficière⁵¹) à bénéfice d'un autre, qui en acquiert la propriété. Il peut également aliéner la propriété de la construction déjà existante, séparément de la propriété du sol. Les mêmes règles concernent les constructions dans le sous-sol. La superficie peut être constituée pour un temps déterminé ou indéterminé, en permettant une aliénation permanente des constructions en dessus ou en dessous, mais le droit de bâtir sur le sol d'autrui se prescrit en cas de non-usage pendant 20 ans. La

⁴⁵ N. Coviello, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, dans *Il foro it.*, 1893, I, cc. 10 ss. ; *Cass. Torino, 29 aprile 1886, Il foro it., 1886, 800*, évoquant aussi un domaine utile du superficière ; *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*. L. Salis, *La proprietà superficaria*, Padoue, 1936, *passim*, considérait le plus souvent la propriété superficière, comme c'est le cas en France selon la théorie moniste, la conséquence et l'accessoire d'un autre droit, réel ou personnel, sur le sol d'autrui.

⁴⁶ C. F. Gabba, *Della superficie in diritto italiano, commento a Cass. Roma, 9 dicembre 1896*, dans *Giurisprudenza italiana*, 1897, pp. 689 ss. ; R. de Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, 7^e éd., Messina, 1934, p. 546 ; V. Simoncelli, *Accessione superficie e diritti dei terzi*, dans V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, II, Rome, 1938, pp. 99-100.

⁴⁷ A. Butera, *Delle servitù prediali : delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, dans P. Fiore, B. Brugi (sous la direction de), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, p. V, v. III, Naples, Turin, 1926, pp. 39-40.

⁴⁸ G. Segrè, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, dans *Il foro it.*, 1893, I, cc. 1002 ss.

⁴⁹ G. P. Chironi, *Diritto di superficie. Se esista nel diritto civile attuale*, dans G. P. Chironi, *Studi e questioni di diritto civile*, II, Turin, 1914, pp. 131-134.

⁵⁰ A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, dans P. Fiore, B. Brugi (sous la direction de), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, p. VI, Naples, Turin, 1927.

⁵¹ *Codice civile: testo e relazione ministeriale*, Rome, 1943, n° 446, p. 94 ; critiquant ce choix du législateur, v. F. Ferrara, *La superficie delle piantagioni*, dans *Rivista di diritto agrario*, 1941, I, pp. 113 ss.

réglementation de la superficie dans le *Codice civile* est assez courte et synthétique, en laissant libres les parties (en cas d'attribution conventionnelle du droit) de déterminer le régime détaillé et la doctrine d'énucléer la configuration de l'institution et du rapport entre sol et construction⁵². Le débat doctrinal d'après la codification ne s'est pas en effet révélé moins vivace qu'avant, en partageant les auteurs entre une vision bipartite et une vision tripartite de la superficie, découlant d'une interprétation différente de l'expression de la loi « droit de faire et maintenir une construction » et du rapport entre « faire » et « maintenir ». Une théorie lit alors dans l'article 952 du Code civil l'existence de trois figures : droit de superficie, propriété superficiaria, se formant suite à (et comme effet de) l'édification de la part du bénéficiaire du droit de superficie, et simple propriété séparée – comme celle qu'une doctrine soutenait déjà avant la codification en tant que forme de propriété superposée – due à l'aliénation d'une construction déjà existante séparément de la propriété du sol, indépendante de tout droit réel de superficie sur le sol, avec la conséquence que son propriétaire ne peut pas reconstruire en cas de ruine ou de démolition de son bien⁵³. L'autre théorie, au contraire, ne voit que deux situations juridiques réglementées à l'article 952, les deux dans le cadre unitaire formé par l'idée d'un droit de construire sur le sol d'autrui et de maintenir sur ce sol la construction réalisée ou déjà existante ; on refuse ainsi l'identification de « faire et maintenir » avec « faire pour maintenir » et on requiert toujours un droit de superficie sur le sol pour justifier le droit de maintenir une construction sur le terrain d'autrui. Tout cela empêcherait de distinguer conceptuellement une propriété séparée d'une propriété superficiaria, avec la

⁵² G. Pandolfelli *et alii*, *Codice civile: libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milan, 1941, pp. 147-148.

⁵³ L. Salis, *La superficie*, Turin, 1949, *passim* ; L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, dans *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Turin, 1971, pp. 945 ss. ; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9^e éd., vol. II, Milan, 1965, pp. 534-535 ; A. Riccio, *Il diritto di superficie, la proprietà superficiaria e la proprietà separata*, dans *Contratto e impresa*, 1998, pp. 428-432 ; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I : *le categorie generali, le persone, la proprietà*, IV^e éd., Padoue, 2004, p. 544 ; R. Peratoner, *Della superficie*, dans P. Cendon (sous la direction de), *Commentario al codice civile. Artt. 952-1099: superficie - enfiteusi - usufrutto - uso e abitazione - servitù prediali*, Milan, 2008, pp. 11-17 ; v. aussi G. Palermo, *La superficie*, dans P. Rescigno (sous la direction de), *Trattato di diritto privato*, v. VIII : *proprietà*, t. 2, Turin, 2002, p. 20, qui admet une propriété séparée dépourvue d'un droit de superficie seulement en la présence d'une autre prérogative du propriétaire séparé sur le sol, par ex. un bail ; *Cass. civ., sez. II, 13 febbraio 1993, n° 1844, Giurisprudenza italiana, 1994, I, I, 1852* ; *Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2004, n° 2100* ; *Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2004, n° 22032* ; *Cass. civ., ss. uu., 30 luglio 2007, n° 16794*.

conséquence que, sauf exclusion dans le titre, le bénéficiaire du droit aurait toujours le pouvoir de reconstruire en cas de ruine ou de démolition⁵⁴.

En définitive, entre les modèles envisagés, France, Belgique et Italie, des différences importantes se manifestent. Une comparaison détaillée du régime de la superficie est compliquée par la parcellisation diversifiée de ses manifestations en France, de sorte qu'il semble plus intéressant d'en sélectionner certains aspects mieux témoignant la physionomie de l'institution dans chaque ordre juridique et les possibilités de dialogue entre ces modèles. En termes d'adaptabilité, on pourrait positionner la superficie belge, avec son élément de souplesse de la superficie-conséquence, entre celle française, la plus liquide, actuellement dépourvue d'un régime législatif, et celle italienne, la plus rigide, offrant peut-être aux parties à un contrat une meilleure sécurité juridique, mais dans le cadre de bornes beaucoup plus restreintes à leurs possibilités de régler conventionnellement les intérêts impliqués. Un regard aux sources du droit de superficie dans les trois modèles peut mieux en montrer les structures. Des différences importantes apparaissent déjà par rapport aux sources conventionnelles. Au-delà des contrats de cession de superficie à titre principal (vente, donation, division, échange, etc.) admis dans tous les systèmes envisagés – mais non pas, en Italie⁵⁵ et en Belgique, en la variante postmoderne de la cession de

⁵⁴ V. G. Pugliese, *Della superficie*, dans F. de Martino *et alii*, *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, 2^e éd., dans *Comm. Scialoja-Branca*, Bologne, Rome, 1957, pp. 463-464 ; G. Pescatore, R. Albano, *Della proprietà*, t. I, dans *Commentario del Codice civile*, Turin, 1968, p. 624, note 9 ; G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, dans *Enc. dir.*, XLIII, Milan, 1990, pp. 1472-1473 ; M. Bessone, M. Di Paolo, *Superficie (dir. civ.)*, dans *Enc. giur.*, XXX, Rome, 1993, pp. 1-2 ; P. Gallo, *La superficie*, dans P. Gallo, A. Natucci, *Beni, proprietà e diritti reali*, t. II, dans M. Bessone (sous la direction de), *Trattato di diritto privato*, Turin, 2001, pp. 6-8 ; 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.*, dans *Rivista del notariato*, 2002, I, pp. 1134-1135 ; A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, dans P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milan, 2004, pp. 288 ss. ; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, dans P. Cendon (sous la direction de), *Diritto italiano*, Padoue, 2006, *passim* ; G. Gabrielli, *Diritto di superficie e pubblicità nei registri immobiliari e nei libri fondiari*, dans *Vita notarile*, 2008, pp. 83-85 ; R. Caterina, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, dans R. Sacco (sous la direction de), *Trattato di diritto civile*, Turin, 2009, pp. 197-201 ; v. aussi G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Turin, 1947 ; *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* ; *Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2006, n° 4258*.

⁵⁵ *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 décembre 1975, n° 4192, MFI, 1975, 1001* ; *Cass. civ., sez. II, 30 décembre 1977, n° 5754, MFI, 1977, 1078* ; *Cass. civ., sez. II, 20 giugno 1983, n° 4220, MFI, 1983, 878* ; *Cass. civ., ss.uu., 4 maggio 1989, n° 2084* ; *Cass. civ., sez. II, 7 décembre 1994, n° 10498* ; *Cass. civ., sez. II, 14 avril 2004, n° 7051* ; *Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2004, n° 22032* ; *Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2005, n° 12880* ;

la pleine propriété d'un volume abstrait d'espace encore vide – des différences importantes se manifestent pour ce que les juristes belges, dans un modèle juridique où toute dérogation à la règle de l'accession immobilière est identifiée avec un droit de superficie⁵⁶, ont facilement réussi à réabsorber dans leur système sous la dénomination et la notion de « superficie-conséquence ». En reconduisant même l'emphytéose à une forme de bail de longue durée, le juriste français contemple la plupart des situations de superficie-conséquence en droit privé⁵⁷ comme des droits de superficie attribués au preneur d'un bail, de droit commun ou de droit spécial (c'est-à-dire des baux anomaux qui confèrent institutionnellement une situation juridique de nature réelle), et, habitué à considérer la superficie comme une figure exceptionnelle, atypique et résiduelle dans le système des droits réels, admet facilement l'aptitude d'un bail à en être la source, comme déjà c'était le cas à l'aube des développements de cette institution en droit romain. La doctrine française se partage plutôt, entre vision dualiste et moniste, sur l'identification directe du droit réel attribué au preneur par un bail de droit spécial avec un droit de superficie ou sur la généralisation, comme dans le bail emphytéotique, de la présence d'une figure de médiation entre le droit personnel conféré par le bail et la propriété superficière du preneur sur son œuvre, une sorte de droit réel innommé sur le fonds autorisant le maintien de propriétés séparées superposées à celle du sol. Au contraire, bail et superficie ne parviennent pas à s'hybrider dans le modèle italien depuis 1942, leur rapport étant en général considéré d'alternative et non pas de collaboration⁵⁸.

Même hors du domaine conventionnel, des juristes français admettent des sources variées de la superficie : il semble qu'ils essayent de trouver ainsi une place à

Cass. civ., ss. uu., 30 luglio 2007, n° 16794. Contra : Cass. civ., sez. II, 11 luglio 1958, n° 2511, MFI, 1958, 506 ; Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 1975, n° 636, MFI, 1975, 149.

⁵⁶ *Cour de Cassation, 19 mai 1988, Pas., 1988, I, p. 1142.*

⁵⁷ Pour la précision, hors du cadre d'un bail peut demeurer dans l'ordre juridique français, pour qui l'admet, la superficie-conséquence de l'usufruitaire sur les œuvres qu'il a réalisées : cfr *Cass. 3^e civ., 19 sept. 2012, n° 11-15460 ; contra*, Ch. Aubry, Ch.-F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 2, 5^e éd., Paris, 1897, p. 8, note 7 ; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., Paris, 2008, p. 498 ; v. aussi G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI : *des biens*, 3^e éd., Paris, 1905, pp. 26-28.

⁵⁸ G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Turin, 1947, pp. 143-144 ; G. Pugliese, *Della superficie*, dans F. de Martino *et alii*, *Libro terzo, della proprietà : art. 810-956*, 2^e éd., dans *Comm. Scialoja-Branca*, Bologne, Rome, 1957, p. 476 ; M. Paradiso, *L'accessione al suolo*, artt. 934-938, dans P. Schlesinger (sous la direction de), *Il codice civile commentato*, Milan, 1994, pp. 93-94.

quelques situations atypiques difficiles à intégrer dans le système des droits réels mais dont la suppression mécontenterait la pratique du droit. *Nulla quaestio* donc pour l'usucapion⁵⁹, la loi, l'acte administratif et le testament, qui n'étonneraient point le juriste italien et son système du droit des biens en tant que sources du droit de superficie. Plus étranges lui sembleraient néanmoins, par exemple, comme des sources d'un droit de superficie, la renonciation unilatérale à l'accession de la part du propriétaire du sol, à bénéfice d'un tiers mais hors de toute convention avec celui-ci⁶⁰, ou les usages⁶¹. En général, l'enlèvement à la superficie Italienne, par sa codification en 1942 et sa cristallisation en tant que figure précise du système des droits réels, de sa fonction résiduelle de permettre des configurations variées de dissociation juridique de l'immeuble n'a pas probablement été perçue en ces termes par les juristes italiens, mais certains de leurs efforts semblent implicitement ciblés précisément à la récupération de ce rôle perdu. Seulement quelques auteurs, plus hardis, évoquent une véritable propriété superficielle de l'emphytéote, de l'usufruitaire ou du preneur à bail sur les constructions réalisées par celui-ci⁶². D'autres se servent de la formulation plus large de l'article 934 du *Codice civile* (admettant que tout titre contraire peut écarter la règle de l'accession) par rapport à la définition plus stricte du droit de superficie de l'article 952, pour admettre l'existence, au moins marginale dans le système, de titres aptes à déroger à l'accession ultérieurs et différents du droit de superficie, qui ainsi échappent à ses limites, en présence d'un bail, d'un usufruit, d'une emphytéose, d'une servitude (pour

⁵⁹ Les juristes italiens se partagent à ce propos surtout sur la possibilité de prescription acquisitive du droit réel de bâtir sur le terrain d'autrui avant la construction, sans usucapion de la propriété du sol. En France, il semble possible de prescrire un droit de superficie à titre principal, mais non pas un droit de superficie découlant de la situation de preneur d'un bail réel, requérant nécessairement un rapport contractuel.

⁶⁰ E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Paris, 1894, p. 287 ; B. Grimonprez, *Superficie*, dans *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, 2013, p. 12 ; *Cass. 3^e civ.*, 7 nov. 1978, *Bull. civ. III*, n° 335, par ailleurs contredisant l'orientation générale assez stricte du juge français en matière de preuve du droit de superficie ; *contra*, C. Larroumet, *Droit civil, t. 2 : les biens, droits réels principaux*, 5^e éd., Paris, 2006, p. 442, note 1. En droit belge, ouvrant à la hypothèse que des circonstances de fait puissent démontrer la renonciation du propriétaire du sol à son droit d'accession, v. *Cass. 26 déc. 2014, n° C.14.0121.N*. En Italie, des actes unilatéraux attributifs d'un droit réel semblent envisageables seulement en tant que promesses au public (art. 1989 du *Codice civile*) et donations en vue d'un mariage (art. 785) : cfr *Cass. civ.*, sez. II, 30 gennaio 2007, n° 1967.

⁶¹ G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Paris, 1995, p. 237 ; B. Grimonprez, *Superficie*, dans *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Paris, 2013, p. 13.

⁶² A. Carozza, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, vol. I, Milan, 1965, pp. 304-309 ; pour ce qui concerne la situation de l'emphytéote, v. aussi A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, dans P. Cendon (sous la direction de), *Il diritto privato oggi*, Milan, 2004, pp. 266 ss.

ce qui concerne les œuvres réalisées sur le fonds servant par le propriétaire du fonds dominant afin d'exercer son droit), d'une concession administrative, etc.⁶³. Encore, ladite théorie tripartite de la superficie essaye de récupérer des situations atypiques de dissociation de l'immeuble dans la catégorie de la propriété séparée dépourvue d'un droit de superficie sur le sol, notamment en la présence d'un bail ou d'un droit réel sur le sol du propriétaire séparé. Toutefois, la majorité de la doctrine n'a pas rejoint cette théorie, à laquelle on peut en général reprocher une certaine artificialité – peu adhérente à la formule adoptée par le législateur et multipliant ses figures d'une manière douteuse – ainsi que son manque d'efficacité, impliquant des augmentations possibles des coûts de transaction par rapport à la théorie bipartite⁶⁴. En outre, au cas où la propriété séparée est attribuée à titre principal, à ces critiques à la théorie tripartite s'ajoute celle de la précarité et de l'incertitude de la situation du propriétaire séparé, qui ne peut pas reconstruire suite à la ruine ou à la démolition du bâtiment et dont la durée de la situation juridique peut par conséquent être faite dépendre du fait de la ruine, en encourageant une attitude passive et dommageable pour le patrimoine immobilier de la Nation et en contredisant l'esprit d'exaltation de la force vitale du travail qui a inspiré l'institution superficiaria à travers le temps. En effet, malgré l'adhésion des dernières années de la jurisprudence à ce point de vue, à la différence de la superficie-conséquence belge cette théorie n'a pas été capable, au moins jusqu'à aujourd'hui, de fournir aux acteurs de la vie économique un cadre théorique partagé, reconnu, simple et solide, capable de garantir une circulation juridique paisible de

⁶³ Cfr G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Turin, 1947, pp. 70 ss. ; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9^e éd., vol. II, Milan, 1965, pp. 560-561, p. 532 ; A. Guarneri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, dans A. Gambaro, U. Morello (sous la direction de), *Trattato dei diritti reali*, vol. II, *Diritti reali parziari*, Milan, 2011, pp. 5 ss. ; C. Tenella Sillani, *Il diritto di superficie e la proprietà superficiaria*, dans *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015*, dans *I quaderni della fondazione del notariato*, 2015, p. 61 ; *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* ; *Cass. civ., ss.uu., 16 febbraio 2018, n° 3873*. *Contra*, en identifiant avec l'attribution d'un droit de superficie toute dérogation à la règle de l'accession immobilière, A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, dans P. Fiore, B. Brugi (sous la direction de), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, p. VI, Naples, Turin, 1927, p. 103 ; G. Pugliese, *Della superficie*, dans F. de Martino et alii, *Libro terzo, della proprietà : art. 810-956*, 2^e éd., dans *Comm. Scialoja-Branca*, Bologne, Rome, 1957, p. 455 ; M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, dans P. Schlesinger (sous la direction de), *Il codice civile commentato*, Milan, 1994, pp. 88 ss. ; A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, dans P. Cendon (sous la direction de), *Il diritto privato oggi*, Milan, 2004, pp. 292-293, p. 404.

⁶⁴ U. Mattei, *La proprietà*, dans R. Sacco (sous la direction de), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Turin, 2015, pp. 296-297.

cette propriété séparée, aussi quand elle joue dans l'opération économique envisagée un rôle de sûreté.

2) La superficie : un élément d'ouverture des systèmes de propriété continentaux à l'égard du monde de *common law*

On vient d'observer le rôle particulier de la superficie dans les systèmes de droit des biens, un rôle hostile à toute catégorisation, entre droit écrit et pratique juridique, entre droit personnel et droit réel, entre forme de propriété et droit sur la chose d'autrui. Son développement remarquable en France rend très intéressante l'analyse de l'impacte d'une telle institution multiforme sur le système de droit des biens du Code civil. L'essai de générations de juristes, inspirés par une certaine méfiance vis-à-vis de la superficie⁶⁵, de la réduire à une exception rare afin de l'accueillir dans le système sans bouleverser ce dernier perd toute actualité dans un contexte où la ville (ou même la métropole) est au centre de la vie socio-économique, développée non pas en deux, mais en trois dimensions, où la multiplication de *corpora* de droits spéciaux écarte le plus souvent les règles vieilles du Code civil, en imposant une conformation de plus en plus stricte du droit de propriété pour le coordonner à la présence d'autres intérêts privés ou en vue d'intérêts d'ordre général⁶⁶.

En premier lieu, par la multiplication de manifestations du droit de superficie en France, c'est toute la théorie de l'accession immobilière, que des auteurs n'avaient pas manqué de critiquer⁶⁷, qui est mise en question, à partir de la proclamation d'omnipotence propriétaire de l'article 552, en exprimant comment elle, derrière le voile de se borner à certifier un rapport de prééminence entre choses existant *in rerum*

⁶⁵ Cfr J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. 8, Dijon, 1825, pp. 548-549 ; J.-E. Labbé, *Note sous Cass. civ.*, 16 déc. 1873, dans *S.*, 1874, 1, p. 458 ; encore de nos jours, W. Dross, *Droit des biens*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 30, note 90 : « tout incite à préférer le modèle du démembrement d'une utilité à celui d'une division matérielle de son objet ».

⁶⁶ V. déjà G. Morin, *La révolte du droit contre le Code : la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Paris, 1945, *passim*.

⁶⁷ Cfr M. Planiol, *Note sous App. Paris*, 8 févr. 1892, *D.*, 1892, 2, 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 » ; P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951, p. 106.

natura ou évident dans la sphère économique, est souvent créatrice de ce rapport, en conformité à une certaine orientation idéologique. L'institution de la superficie allude, en général, à une notion de propriété s'éloignant beaucoup de son identité telle que proclamée par l'article 544 du Code civil, exaltée et institutionnalisée par les commentateurs du XIX^e siècle. Les dogmes de la théorie classique de la propriété sont tous, ainsi, mis en question, jusqu'au noyau de la propriété immobilière, qui était réputé le moins sujet à des variations⁶⁸. De moins en moins unitaire, la propriété du sol est concurrencée, dans le cadre des baux superficiaires, par d'autres prérogatives réelles diversifiées, modelées de plusieurs façons par le législateur et par la convention, en permettant aux parties, de droit privé ou de droit public, un large éventail de possibilités d'autorégulation selon l'équilibre d'intérêts économiques qu'ils souhaitent réaliser. De moins en moins exclusive, cette configuration de la propriété est ouverte à la convergence sur un même fonds de situations propriétaires diverses, correspondant pour certains aspects à des portions différentes, pour d'autres aspects à des utilités économiques différentes de la chose, qui se limitent réciproquement selon l'équilibre légal et conventionnel choisi par les parties. Cela malgré l'expédient (mais qui demeure un expédient !) de la théorie moniste de la superficie de réabsorber les baux réels dans le système du Code en traduisant une telle superposition de situations propriétaires sur un même immeuble en l'exercice de droits de propriété exclusifs sur des immeubles distingués superposés⁶⁹. Il est difficile de nier dans ces situations une certaine résurgence d'un double domaine sur l'immeuble, le domaine utile, ayant une consistance plutôt d'exploitation économique, le domaine éminent, plutôt de situation de droit protégée en l'attente de sa ré-expansion jusqu'à redevenir une pleine propriété⁷⁰. Par l'élaboration de la conception dualiste, la tendance de la doctrine— hors du phénomène de la propriété en

⁶⁸ Cfr A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 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 ».

⁶⁹ Cfr W. Dross, *Droit des biens*, 2^e éd., 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 difficulté diviser un champ en deux parcelles distinctes afin de les céder à deux propriétaires différents ».

⁷⁰ V. les réflexions de C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, 1983, pp. 191 ss.

volumes, qui attient plutôt à l'objet même du droit de propriété immobilière – à un dépassement de la conception abstraite de la superficie en tant que répartition en un sol, un dessus et un dessous virtuellement indépendants ouvre la voie à des relectures théoriques des baux réels moins méfiantes envers une certaine ré-émersion de structures latentes de la propriété germanique, que le Code civil avait enterré sans éradiquer⁷¹ : les mêmes structures qui, encore de nos jours, demeurent la base des systèmes de propriété de *common law*.

Encore, on envisage dans les baux réels une propriété de moins en moins absolue, mais plutôt relative – axée sur les rapports entre les parties au contrat et sur l'activité du preneur-superficiaire –, flexible, dynamique, exaltant sa dimension patrimoniale, aux abords immédiats de l'équilibre économique convenu, en attribuant à celui-ci des bénéfices de solidité propres aux situations juridiques propriétaires. Il semble bien plus important, dans le droit des biens du monde postmoderne, d'accueillir la complexité et les nuances des besoins concrètes des acteurs économiques en matière de propriété, que d'essayer de ré-établir l'absolutisme du domaine. L'attribut de la perpétuité résulte à son tour relativisé et affaibli : c'est en effet précisément l'idée d'une attribution temporaire de la propriété de la construction au preneur d'un immeuble qui est exprimée par les baux réels⁷², d'une manière désormais explicite dans le cadre des figures les plus récentes⁷³. Encore une fois se manifeste la proximité de cette notion de propriété avec l'aptitude à être fractionnés dans le temps des *property rights* de *common law*, dans une succession précise et prédéterminée. Comme l'on observera mieux afin de prouver ces affirmations, en effet, quant il a récemment souhaité d'importer la figure de *common law* du *community land trust*, le

⁷¹ V. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 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 » ; v. aussi S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, Paris, 2012, pp. 665 ss.

⁷² Encore soulignant l'exceptionnalité de cette forme de propriété temporaire, C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, 1983, p. 167 ; v. aussi P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 6^e éd., Paris, 2015, p. 157 ; mais, face à la multiplication par le législateur des figures de baux réels, sont-ils plutôt des exceptions ou une avant-garde de quelque chose de plus général qui est en train de se former ? Sur l'aptitude d'un droit de superficie à donner naissance à une forme de propriété temporaire, v. aussi, dans la doctrine italienne, A. Gambaro, *La proprietà*, Milan, 2017, p. 230 ; *contra*, F. De Martino, *Della proprietà*, dans F. de Martino *et alii*, *Libro terzo, della proprietà*, art. 810-956, 2^e éd., dans *Comm. Scialoja-Branca*, Bologne, Rome, 1957, p. 124, nota 3.

⁷³ V. article L254-1 du Code de la construction et de l'habitation.

législateur français s'est servi précisément de baux réels, un terrain déjà labouré rendant beaucoup plus facile ce transplant, en faisant de la superficie un véritable pont de communication entre deux cultures juridiques.

La propension des baux réels à une érosion des attributs traditionnels du droit de propriété et à une ouverture à de différentes conceptions de la propriété immobilière montre une portée expansive, qui s'accompagne à d'autres, fréquents, indices de cette crise du système de droit des biens, dont le plus commenté est l'introduction de la fiducie⁷⁴. En même temps, ces baux témoignent des tendances générales communes à d'autres systèmes continentaux, qui ont attiré l'attention aussi de la doctrine italienne⁷⁵, qui depuis longtemps s'interroge sur les implications d'une propriété désormais dépourvue du bouclier idéologique de ses prétendues attributions, ayant perdu son unité conceptuelle jusqu'à la fragmentation en plusieurs manifestations, selon le bien qui en fait l'objet et le régime juridique qui en découle⁷⁶ : tout cela, en affirmant une présence dans le système non pas résiduelle et liminaire, mais diffuse et expansive, de formes de propriété collective, construites autour de l'idée solidaire d'un certain but commun surmontant les intérêts individuels⁷⁷. A côté de ces propriétés collectives, un rôle grandissant de la propriété publique se manifeste, ainsi qu'une multiplication des possibilités de greffe d'un intérêt public sur le tronc de la propriété privée, en orientant son activité de jouissance à des fins d'intérêt général⁷⁸. Le discours juridique en matière de propriété glisse ainsi de la reconnaissance de quelques limites circonscrites et spécifiées à un *dominium* sous-jacent ayant une vocation expansive naturelle à sa dissolution en plusieurs figures rendues au cas par cas par le législateur conformes à l'équilibre d'intérêts sélectionné, ainsi que,

⁷⁴ V., critiquant précisément les effets incertains de cette innovation législative sur la notion et sur le régime de la propriété en France, Ch. Gijssbers, *L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, dans *Les piliers du droit civil : famille, propriété, contrat*, Paris, 2014, pp. 152 ss.

⁷⁵ A son tour, en développant certaines réflexions de Jossierand : v. L. Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 2^e éd., Paris, 1932, pp. 785-786 ; L. Jossierand, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, dans *Mélanges juridiques dédiés à M. Sugiyama*, Tokyo, 1940, pp. 95 ss.

⁷⁶ P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, dans *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 20 ss. ; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Naples, 1984, pp. 466 ss.

⁷⁷ S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, dans *La proprietà nel nuovo diritto*, Milan, 1964, pp. 156 ss.

⁷⁸ S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, dans *La proprietà nel nuovo diritto*, Milan, 1964, pp. 304-305.

notamment en Italie, comme on l'approfondira, conformes à la réalisation du dessin constitutionnel de solidarité sociale.

L'aptitude à la rupture avec le modèle du Code civil que la propriété de volumes évoque n'est pas à son tour à sous-estimer, avec la différence qu'elle ne tend pas, à la différence de ce que l'on vient d'observer à propos des baux réels, à représenter un modèle solidaire de propriété en continuité avec la culture des propriétés collectives germaniques : l'imbrication dans l'espace de volumes objet d'appropriation – même si elle réalise assez souvent des intérêts généraux surtout de gestion et de valorisation du domaine public – tend au contraire, en excluant la présence d'espaces communs, à donner lieu à une structure moins solidaire et plus individualiste en comparaison avec la structure alternative, plus répandue, de la copropriété par appartements⁷⁹. Les propriétaires de volumes sont en effet réciproquement indépendants malgré le réseau de servitudes et d'obligations *propter rem* les liant l'un l'autre : leur autonomie est donc même exaltée par la conception de la propriété de volumes, au contraire de la dimension collectiviste qui imprègne la plupart des manifestations du droit de superficie⁸⁰. Mais une autre particularité de la propriété de volumes, c'est-à-dire la dématérialisation, en fait quand même aussi un outil de communication et de dialogue avec le monde de *common law*, tandis qu'en Italie et en Belgique des résistances jurisprudentielles, se fondant sur une interprétation stricte des dispositions de droit positif, font encore barrage à la pénétration d'une telle nouvelle conception de la propriété immobilière. Des auteurs de droit comparé et de philosophie du droit ont approfondi le sujet de la dématérialisation de l'objet de la propriété mobilière, en

⁷⁹ V. J.-L. Mouray, *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, Paris, 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 » ; A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1989, p. 267 : « La construction coutumière des propriétés simultanées, appliquée à la propriété par étage, relayée par la jurisprudence du XIX^e 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 ».

⁸⁰ 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 ».

observant dans le rôle de plus en plus important de propriétés incorporelles comme fonds de commerce, propriétés littéraires et artistiques, brevets, etc., et dans leur systématisation en droit français la résurgence silencieuse de la propriété germanique dématérialisée, ayant comme objet un faisceau de droits d'utilisation économique, c'est-à-dire un monopole d'activité productive, bien s'éloignant du modèle de propriété de l'article 544 du Code⁸¹ et s'approchant de certaines conceptions de la *property* de *common law*. L'attention grandissante de la doctrine française pour des sujets comme la notion controversée de la propriété des créances ne fait que confirmer une telle tendance⁸². D'ailleurs, cette dématérialisation concerne aussi la propriété immobilière, ce qui a beaucoup moins fait l'objet d'études comparatives. Présente aussi dans les bâtiments organisés en copropriété⁸³, la dématérialisation se manifeste au maximum quand ils sont organisés à travers une division en volumes faisant l'objet d'une appropriation privative⁸⁴. Savatier avait conçu sa théorie comme une mise en question globale soit du bidimensionnalisme du droit des immeubles, face à une perception sociale des biens de plus en plus tridimensionnelle, soit de la défense de la part de l'ordre juridique des intérêts de la figure monopoliste du propriétaire du sol. Depuis l'élaboration de Savatier, sans une grande variation du droit positif en la matière, la réception dans la pratique et dans le droit vivant de la division de l'espace en volumes abstraits attribués dès leur identification à des

⁸¹ Cfr M. Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Paris, 2004, p. 477 ; v. aussi G. Morin, *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, études offertes à George Ripert*, t. 2, Paris, 1950, p. 15; A. Candian, *Propriété*, dans A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property - propriété - Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padoue, 2002, pp. 240 ss.

⁸² V., par ex., Y. Emerich, *La propriété des créances : approche comparative*, Paris, 2007 ; paradoxalement, cette œuvre, centrée sur le régime juridique de la propriété des créances, en mettant en évidence ses similitudes avec celui de la propriété des choses corporelles, au-delà de l'approche comparative se situe dans le sillon des théories de Ginossar et de Zenati-Castaing, en essayant de redécouvrir les racines romaines du Code civil et de le libérer des influences de générations de romanistes ; v. aussi J. Laurent, *La propriété des droits*, Paris, 2012.

⁸³ Cfr R. Savatier, *Propriété par étages et appartements*, dans *Les lois nouvelles*, 1927, I, p. 182 : « Il arrive [...] dans bien des maisons divisées par étages, que la propriété privative se réduise, pour ainsi dire, à l'espace encadré entre les murs de l'appartement, ses planchers et le plancher de l'appartement supérieur » ; R. Savatier, *Limite, au volume occupé par le bénéficiaire, de l'attribution préférentielle prévue par l'article 832 alinéa 6, note sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 1973*, dans *RTD civ.*, 1974, p. 644.

⁸⁴ Cfr H. Périnet-Marquet, *L'immeuble et le Code civil*, dans *1804-2004, le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, 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* ».

propriétaires et l'entrée de ces nouveaux biens dans les tribunaux⁸⁵ et dans les études de la doctrine ont suscité une certaine mutation de la conception de la propriété immobilière en France, même si peut-être non encore dans la mesure souhaitée par le Doyen. Pour l'instant, *de iure condito*, l'effort en cette matière des juristes les plus récents⁸⁶ a été surtout d'intégration et d'incorporation du bien volumétrique dans le modèle de propriété fondamentalement corporel tel que délinéé par le Code civil, même si en payant le prix d'affaiblir plusieurs de ses certitudes. Cette dématérialisation de l'immeuble d'une part constitue l'une des expressions les plus évidentes de la crise du modèle de propriété du Code, d'autre part peut offrir des suggestions en vue de la formation d'un nouveau modèle de propriété, plus dialoguant avec l'autre système de la tradition juridique occidentale, celui de *common law*.

En fait d'immeubles, le discours demeure plus nuancé que pour les meubles et la suprématie de la matérialité reste, à vrai dire, le paradigme dominant. D'ailleurs, la catégorie des immeubles incorporels, fondamentale sous l'Ancien Droit, avec ses offices et rentes immobilières et ses fragmentations diverses de la propriété, n'avait pas complètement disparu avec la codification, étant donné que le concept des immeubles par leur objet demeure dans le système du Code civil, à l'article 526. Néanmoins, l'idée de propriété de volumes d'espace représente un saut de qualité, en raison de leur qualification, désormais répandue dans la pratique et en doctrine, en tant qu'immeubles par nature, sans regard à leur composition chimique. Dans le système originaire du Code, l'archétype d'immeuble (et, en général, de bien) était le fonds de terre, inamovible et concret par excellence. Une évolution conceptuelle de l'objet de la propriété immobilière s'est déroulée de cette chose que l'on peut matériellement piétiner, à l'abstraction de la parcelle cadastrale, jusqu'au pas successif du volume. Un processus de dématérialisation de l'objet de la propriété immobilière se manifeste, en la rendant de moins en moins tangible et de plus en plus identifiable, à travers des procédures fondées sur la géométrie, avec un espace virtuel sur lequel exercer un monopole d'exploitation. Avec l'acquisition d'importance de ce

⁸⁵ V., *ex ceteris*, Cass. 3^e civ., 17 févr. 1999, n^o 97-14368 ; Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2008, n^o 07-10457 ; Cass. 3^e civ., 8 sept. 2010, n^o 09-15554 ; Cass. 3^e civ., 18 janv. 2012, n^o 10-27396 ; Cass. 3^e civ., 19 sept. 2012, nn. 11-13679, 11-13789 ; App. Rennes, Ch. 1, sect. A, 22 juin 2004, n^o JurisData 2004-250385 ; TGI Lyon, 29 mai 1995, JCP N, 1999, 423.

⁸⁶ V. R. David, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015.

nouveau paradigme – peut-être jusqu’à pouvoir un jour aspirer à devenir le paradigme de propriété immobilière dominant dans les espaces urbains, très peuplés aussi bien en hauteur et en profondeur qu’en largeur – le modèle romain de propriété s’éloigne, dans une conception postmoderne et liquide qui réinterprète le plus solide parmi les droits réels en y attribuant par objet des espaces virtuels même avant que l’on les remplisse par des constructions, non encore identifiables par la vue et non distinguables de l’espace circonstant sans des processus d’abstraction externes à ce qui existe *in rerum natura*. Ce qui peut le plus étonner de la propriété de volumes non encore construits n’est pas la raréfaction de leur composition chimique (qui ne concerne même pas les volumes souterrains), à vrai dire partagée par la plupart des espaces de tout immeuble en copropriété, mais plutôt la dissociation de l’objet du commerce juridique et économique en matière d’immeubles de son existence naturelle, visible, externe et préexistante au monde des relations humaines. La propriété des volumes d’espace témoigne la formation d’une notion de propriété toute interne à la dimension conventionnelle des sphères de l’économie et du droit, par rapport à laquelle la non-tangibilité de l’objet empêche toute son identification idéale avec le droit : on peut bien affirmer « j’ai un droit de propriété sur un volume », mais dire « le volume qui est ma propriété » n’est pas autant naturel que « le terrain qui est ma propriété ». Par la construction effective dans le volume, ce bien acquerra le caractère concret qui lui manquait, tout en gardant sa conception tridimensionnelle. Cette compromission du dogme de la matérialité de l’objet de la propriété immobilière ne se traduit pas, bien sûr, tout simplement en le retour à la conception de propriété de l’Ancien Droit, avec laquelle le nouveau paradigme partage quand même certaines caractéristiques importantes. Dans ce monde juridique-là, la dématérialisation de l’immeuble était la conséquence de la fragmentation du pouvoir sur la chose en une pluralité de droits de propriété exercés chacun sur l’une des utilités de la *res*, mais le fait de la rupture de l’association entre une chose concrète et un droit plein et exclusif sur celle-ci n’impliquait pas que la chose en soi, dans la multiplicité de situations d’appartenance l’affectant, perdît son caractère concret et tangible : c’est précisément à ce caractère que la chose renonce dans la conception volumique de la propriété, sans que cela implique, dans ce cas, à la différence des

baux réels, une fragmentation des utilités propriétaires du nouveau bien immobilier tridimensionnel créé par la pratique.

Ce que l'on vient d'observer par rapport à l'Ancien Droit peut être étendu par rapport au monde de *common law*, ayant évolué dans une certaine continuité conceptuelle et terminologique avec la conception féodale de la propriété. Notamment, dans le cadre du monde de *common law*, des prérogatives propriétaires peuvent être exercées sur des situations juridiques de nature variable ayant une nature patrimoniale, qui non nécessairement s'identifient à une réalité externe tangible. La tendance à une dématérialisation de la propriété même immobilière en France peut alors créer un autre pont de dialogue entre les juristes des deux côtés de la Manche (et de l'Océan Atlantique), par la chute de plusieurs dogmes en se fondant sur lesquels, d'un côté et de l'autre, on réputait jadis incommunicables ces mondes juridiques. De ces affirmations on ne devrait toutefois pas faire découler l'idée d'une inclination générale à faire disparaître la ligne de frontière entre les systèmes de *civil law* et de *common law* dans une tendance à l'intégration du droit des biens, matière tellement délicate et différenciée que même le droit européen y intervient très peu et non pas directement : au contraire, on a récemment constaté par l'affaire *Brexit*, entre autres choses, que la crainte de perdre sous la vague de la normative commune de l'UE des spécificités juridiques – en tant qu'éléments fondamentaux de cette diversité culturelle qui au fil du temps a caractérisé la manière de penser d'un peuple insulaire comme les anglais – a été l'un des éléments de persuasion qui a poussé le Royaume Uni à choisir la réaffirmation de son altérité par rapport au monde continental. En fait, l'ouverture en France à une dématérialisation de l'objet de la propriété immobilière constitue une inversion de tendance intéressante, mais qui ne provoque pas dans le continent l'importation tout court de la forme de dématérialisation de *common law*, qui, plus proche de la conception propre au système féodal des biens, ne se traduit pas automatiquement par une dissolution des immeubles concrets, objet des droits, en des biens postmodernes que l'on ne peut individualiser que par des processus abstraits de délimitation géométrique d'espaces et d'attribution à ceux-ci d'une valeur économique et juridique, comme c'est le cas de la propriété des volumes. Il faut quand même observer que, favorisées par l'attitude générale à la dématérialisation de la *property* de *common law*, des figures juridiques similaires à la

propriété de volumes, telles qu'accueillies en France et repoussées en Italie et en Belgique, peuvent être repérées aussi dans le monde de *common law* (et particulièrement répandues dans le modèle australien⁸⁷), où la prééminence du sol sur le dessus et le dessous est acceptée en règle générale – parfois en se servant même de la terminologie du droit romain⁸⁸, mais jamais en y attribuant la valeur d'une nécessité rigide et inflexible⁸⁹ – , sans qu'une dérogation implique les mêmes obstacles conceptuels que dans le modèle français de l'accession immobilière comme il se manifeste solennellement à l'article 552 du Code civil. En droit anglais, la loi établit que « "[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 »⁹⁰. On admet ainsi des découpages d'un immeuble en couches horizontales en dessus ou en dessous du niveau du terrain⁹¹, et l'obstacle principal à cela demeure, en Angleterre, la difficulté de l'ordre juridique à insérer dans un cadre fiable et testé le réseau d'obligations réciproques entre les propriétaires concernés, ce que seulement depuis 2002 essaye d'assurer le *Commonhold and Leasehold Reform Act*⁹². Les juristes anglais semblent avoir pris conscience de l'importance de la troisième dimension dans le droit des biens d'aujourd'hui : « "[p]articular problems can arise when a building is divided horizontally rather than vertically, the normal situation

⁸⁷ K. Gray, *Elements of Land Law*, Londres, 1987, pp. 19-20.

⁸⁸ Cfr M. P. Thompson, *Modern Land Law*, 4^e éd., Oxford, 2009, p. 7, pp. 12-13.

⁸⁹ V. N. P. Gravells, *Land Law*, 4^e éd., Londres, 2010, p. 4 ; K. Gray, S. F. Gray, *Elements of Land Law*, 5^e éd., Oxford, 2009, p. 15, à propos de l'expression *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 ».

⁹⁰ *Law of Property Act* de 1925, 205, (1), (ix).

⁹¹ Cfr K. Gray, S. F. Gray, *Elements of Land Law*, 5^e éd., Oxford, 2009, p. 14 : « 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 ».

⁹² V. N. P. Gravells, *Land Law*, 4^e éd., Londres, 2010, p. 4 ; v. aussi 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 ».

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. 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 »⁹³. C'est pourquoi la division en couches horizontales des *estates in land*, quand nécessaire aux exigences des utilisateurs du droit, s'est le plus souvent réalisée en *common law* par la création de *leaseholds*⁹⁴ – comme c'est le cas que l'on analysera du *community land trust* – plutôt que de *freehold estates*, même si des expériences différentes existent⁹⁵. Ainsi, il se passe le plus souvent, notamment pour les édifices non pas récemment réalisés, que la solution envisagée aux problématiques des grands bâtiments et ensembles de bâtiments urbains ayant une multitude d'occupants différents soit la concession de baux ayant une très longue durée⁹⁶, avec l'imposition d'un réseau complexe

⁹³ M. P. Thompson, *Modern Land Law*, 4^e éd., Oxford, 2009, p. 11.

⁹⁴ On peut par exemple mentionner le cas de l'outil traditionnel du *building lease*, notamment pratiqué pendant les périodes victorien et d'Edouard VII : v. E. H. Burn, *Modern Law of Real Property*, 15^e éd., Londres, 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 ».

⁹⁵ K. Gray, S. F. Gray, *Elements of Land Law*, 5^e éd., Oxford, 2009, pp. 16-17.

⁹⁶ 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

d'obligations de voisinage et de droits sur les parties communes à des preneurs semblables à des propriétaires substantiels⁹⁷, pouvant aussi disposer de leurs droits avec une certaine liberté. C'est une position ambiguë, entre réalité et personnalité, qui pourrait rappeler les baux réels français que l'on a déjà évoqué et que l'on va bientôt approfondir.

En définitive, dans une perspective de dialogue et de recherche prudente de ponts entre les deux familles de la tradition juridique occidentale, le droit de superficie constitue un point de contact effectif entre eux, ainsi qu'une voie possible de passage d'expériences que l'on veut faire circuler avec succès de l'un à l'autre ordre juridique. La configuration des baux réels, avec les idées d'un droit temporaire de propriété et de formes variables de décomposition des utilités d'un fonds, semble plutôt projetée vers un dialogue avec la notion de *common law d'estate*⁹⁸, tandis que la configuration de la division de la propriété en volumes plutôt avec la notion dématérialisée de la *property* de *common law*. Ce sont là toutes des notions que la codification de 1804 avait cru pouvoir arracher et qui aujourd'hui semblent de plus en plus réussir à défier même la conception de propriété du Code, en manifestant l'exigence d'une intervention du législateur visant à trouver un nouvel équilibre entre Code civil et droit spécial et entre droit écrit et pratique du droit. Le repli de l'idée bourgeoise d'une propriété unitaire et matérielle, absolue, exclusive et perpétuelle ne laisse encore des indices définitifs sur l'idée qui en prendra la place, dans une phase historique de changement, d'incertitude et d'heurts entre lignes de tendance contraposées. Dans cette multitude de directions possibles de développement, il semble intéressant de souligner le rôle possible de l'institution de la superficie, non

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. Alternatively, the developer can retain the freehold either directly or by transferring it to a company that it owns ».

⁹⁷ V. B. McFarlane, N. Hopkins, S. Nield, *Land Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2009, p. 968 : ces contrats « 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 ».

⁹⁸ Cfr S. Garner, A. Frith, *A Practical Approach to Landlord and Tenant*, 3^e éd., Oxford, 2002, p. 4 : « Land 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* ».

seulement en tant qu'élément, comme l'on vient d'observer, de mise en crise du système existant, mais aussi en tant qu'élément constructif d'un nouveau paradigme de propriété, plus attentif à l'héritage solidaire du système germanique des situations d'appartenance et, toujours en raison de la redécouverte des racines aussi non romaines des modèles continentaux de droit des biens, plus dialoguant et disponible à l'échange avec le système voisin de *common law*. A tout ce discours le droit italien – et d'autant plus celui belge, encore plus proche du modèle français – n'est pas étranger, et, même si le droit de superficie n'y a (encore) connu l'expansion plus vivace familière aux juristes français, les contradictions et le dépassement du modèle classique de propriété ont été observés par plusieurs auteurs⁹⁹. On verra par la suite comment une plus large valorisation dans cet ordre juridique de la superficie pourrait, avec son inspiration solidaire, contribuer activement à une certaine harmonisation du droit des biens aux valeurs inspirant la Constitution républicaine italienne, comme plusieurs voix en doctrine le souhaitent depuis longtemps.

B. LE DROIT DE SUPERFICIE ET L'INTERÊT GÉNÉRAL

Le lien entre droit de superficie et intérêt général est profond et consolidé, en caractérisant cette institution juridique depuis sa naissance, en droit romain, en tant que concession de longue durée sur des sols publics. L'intérêt de la communauté est même le pivot du système germanique des situations d'appartenance, qui pendant des siècles suite à la fin de l'Empire romain a remodelé la conception de propriété en Europe, en mettant le principe juridique de l'acquisition de la propriété à travers le travail avant la règle romaine de l'accession. La redécouverte des sources originaires de la part des romanistes a créé un système hybride canalisant une substance surtout héritée de la culture des propriétés coutumières germaniques et du système de concessions féodales dans une forme romaine, dans la théorie du double domaine, qui en France résisterait en quelque manière jusqu'à la Révolution. Puis, libérée de l'enveloppe de cette théorie, la superficie a survécu dans la pratique et dans la jurisprudence, en sauvant dans le nouveau système certaines manifestations de la propriété coutumière. Le moment est venu d'analyser dans le droit de superficie

⁹⁹ V. S. Pugliatti et les autres auteurs déjà cités en note.

d'aujourd'hui, dans les systèmes envisagés, les manifestations plus témoignant la présence d'un intérêt général, soit de valorisation économique de la propriété des personnes publiques – dans le sillon des premières manifestations de cette institution en droit romain – soit de réalisation de politiques de solidarité sociale – dans le sillon de l'esprit des propriétés collectives coutumières germaniques – sans exclure des formes de coexistence et de collaboration de ces diverses finalités. Encore une fois, la structure complexe de la superficie fait sa force. On se concentrera en un premier temps sur le modèle français, dans lequel on pourra approfondir le cas de l'importation récente du *community land trust*, en essayant d'apercevoir aussi en action ce que l'on a déjà supposé sur le droit de superficie en tant qu'outil de dialogue entre *common law* et *civil law*. On fera encore une fois mention aussi du modèle juridique belge. Puis, on comparera tout cela avec l'expérience italienne, existante mais moins développée, d'usages de la superficie en vue d'un intérêt général et enfin, en tant que conclusion de cet essai, on reprendra le discours sur le droit de superficie comme un outil juridique d'exaltation du travail humain, en approfondissant le rôle central du travail dans la Constitution italienne et, par conséquent, l'aptitude possible du droit de superficie à réaliser en droit civil, en droit de la propriété publique et en droit des politiques sociales certains aspects du dessin constitutionnel.

1) Les utilisations du droit de superficie en droit de la propriété des personnes publiques et dans les politiques sociales de l'Etat en France

Le paysage des utilisations du droit de superficie en France dans le but unique ou concourant de réaliser un ou plusieurs intérêts généraux est très large, ce qui témoigne la profondeur du lien structural entre cette institution juridique en l'intérêt général. Pour simplifier, on peut distinguer ces utilisations entre celles visant plutôt à la valorisation économique de la propriété des personnes publiques et celles visant plutôt à la réalisation de politiques sociales, notamment d'accès au logement, et d'urbanisme. Soit des baux réels, soit des divisions de l'espace en volumes appropriables ont fait l'objet d'utilisations visant à la valorisation de la propriété des

personnes publiques. Pour ce qui concerne les volumes, on peut observer que cette finalité constitue voire l'une des raisons concrètement à l'origine du développement d'une telle technique de division des espaces urbains alternative à la copropriété des immeubles bâtis, étant donnée l'incompatibilité entre le régime d'affectation du domaine public et la copropriété, avec ses larges limitations aux pouvoirs du titulaire d'un appartement¹⁰⁰. S'il est vrai que des formes de juxtaposition et de superposition dans l'espace de biens privés et de biens du domaine public étaient reconnues en jurisprudence depuis longtemps¹⁰¹, les opérations de construction contemporaines, notamment celles de grandes dimensions, demandent un régime d'organisation sophistiqué et bien défini, par exemple en gardant la propriété publique et l'affectation domaniale du sol et d'une partie des volumes en sous-sol ou en sursol. Dès les premières expériences de construction en volumes, la coprésence de volumes de personnes privées et de personnes publiques, éventuellement faisant l'objet d'une affectation domaniale, s'est ainsi diffusée¹⁰². La multitude d'activités confiées dans la société française de nos jours à des sujets publics, souvent dans une collaboration avec des sujets privés, est à la base de situations de coexistence juridique qui se traduisent souvent en des situations de coexistence matérielle dans un immeuble de locaux destinés à des fonctions diverses, publiques et privées, ce qui est encore renforcé par la raréfaction des espaces urbains. De telles situations d'imbrication de volumes publics et privés peuvent être tantôt la conséquence de l'acquisition, conventionnelle ou par expropriation¹⁰³, de certains volumes de la part d'un sujet public, tantôt, si l'affectation domaniale du sol préexiste, la conséquence de la séparation et de la cession à des privés de certains volumes en dessous ou en dessus,

¹⁰⁰ Comme la jurisprudence l'affirme, sur la base des caractères d'inaliénabilité, imprescriptibilité, exclusion de l'exécution forcée et destination à une fonction publique, incompatibles avec les règles de la copropriété et notamment avec la propriété indivise des parties communes, la mitoyenneté présumée des cloisons et des murs séparant les parties privatives, l'interdiction faite aux copropriétaires de s'opposer à l'exécution, même à l'intérieur de leurs parties privatives, de certains travaux décidés par l'assemblée générale des copropriétaires se prononçant à la majorité, la garantie des créances du syndicat des copropriétaires à l'encontre d'un copropriétaire par une hypothèque légale sur son lot : v. *CE*, 11 févr. 1994, n° 109564 ; *CAA Douai*, 1^{re} Ch., 8 juill. 2003, n° 00DA00376.

¹⁰¹ V. *CE*, 27 mai 1964, *JCP*, 1964, II, 13936.

¹⁰² Cfr R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, dans *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 106-107 ; P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, dans *Rép. Defrénois*, 1975, 1^{re} p., p. 1223.

¹⁰³ *Cass.* 3^e civ., 20 nov. 1996, n° 95-70092.

suite à la rédaction d'un état descriptif de division¹⁰⁴. Des servitudes nécessaires pour réaliser et maintenir l'opération de construction en volumes pourront être établies sur la base de l'article L2122-4 du Code général de la propriété des personnes publiques, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation des volumes domaniaux.

Les baux réels peuvent à leur tour constituer des instruments de valorisation de la propriété des personnes publiques. Notamment, des baux emphytéotiques ou à construction de droit civil peuvent être concédés sur des biens publics non domaniaux¹⁰⁵. Il est toutefois depuis longtemps évident que « ni l'un ni l'autre de ces baux 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 »¹⁰⁶. C'est pourquoi le législateur a décidé de créer de nouvelles figures de contrats administratifs, en s'inspirant librement à des institutions de droit civil existantes depuis longtemps, en les adaptant à un contexte de droit public et en les décomposant et recomposant de manière variable dans leurs éléments constitutifs selon les

¹⁰⁴ En ce cas, selon J.-C. Chaput, S. Rohegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, dans *Division de l'immeuble : le sol, l'espace, le bâti*, 103^e 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 » ; en critiquant la nécessité d'un acte d'enlèvement de l'affectation pour pouvoir céder les volumes en dessus ou en dessous du sol, qui ne sont pas nécessairement concernés par la fonction d'utilité publique à laquelle est destiné le terrain, v. Y. Gaudemet, *Ouvrage complexe et domanialité publique*, dans *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 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 ».

¹⁰⁵ *Cass. 1^{re} civ.*, 19 déc. 1995, n° 94-11783 ; *CE*, 23 juin 2004, n° 259474 ; *Trib. confl.*, 7 juill. 2014, n° C3958 ; *CAA Bordeaux*, 10 juin 1996, n° 95BX00685 ; un arrêt récent nuance toutefois l'exclusion sévère de la concession du bail à construction aussi sur un immeuble domanial : *CE*, 11 mai 2016, n° 390118.

¹⁰⁶ E. Fatôme, M. Raunet, *Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation*, dans *AJDA*, 2010, p. 2476.

exigences spécifiques envisagées. Des critiques avaient en effet été avancées contre la conception des règles des biens publics, d'une manière exclusive ou prépondérante, comme des règles de police administrative, attributives à l'autorité de pouvoirs à sauvegarde de la conservation du bien contre toute intromission, en proposant une approche plus attentive à des exigences de bonne gestion caractérisées par une exploitation efficiente des richesses collectives, dans les limites du respect de la destination spécifique du bien et de l'intérêt général¹⁰⁷. On a ainsi progressivement dépassé le régime juridique traditionnel du domaine public français, considérant comme très précaire toute concession sur celui-ci, qui avait semblé trop limitatif des usages possibles de ces biens, en poussant la pratique administrative et, suite à des arrêts condamnant ces actes¹⁰⁸, le législateur à introduire des figures de droits réels pouvant être concédées sur des sols publics, voire domaniaux, en offrant aux investisseurs des conditions de plus grande stabilité par rapport au passé, dans une position plus solide soit envers l'administration publique, soit envers des tiers, notamment finançant l'opération.

Des figures de droit administratif peuvent donc être attributives d'un droit réel, modelé sur les archétypes de droit civil de l'emphytéose et de la superficie¹⁰⁹, en donnant naissance à des formes de séparation temporaire de la propriété du sol de celle des constructions réalisées en dessus ou en dessous sur la base d'un titre unilatéral ou conventionnel. La première de ces figures hybrides qui mélangent droit civil et droit administratif – en conjuguant par un compromis les particularités du droit de la propriété des personnes publiques avec les nécessités d'une solidité

¹⁰⁷ V. A. Fournier, H. Jacquot, *Un nouveau statut pour les occupants du domaine public*, dans *AJDA*, 1994, pp. 759 ss. ; Ch. Gijsbers, *La distinction de la propriété publique et de la domanialité publique*, dans *Revue de droit d'Assas*, 2013, n° 8, pp. 44 ss. ; cfr P. Juen, *La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels*, dans *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. aussi *Cons. const.*, 21 juill. 1994, n° 94-346 DC.

¹⁰⁸ V. *CE*, 6 mai 1985, nn. 41589, 41699.

¹⁰⁹ V. Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public*, dans *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 ».

raisonnable du preneur et de ses créancier – est le bail emphytéotique administratif (aujourd’hui réglé, selon si le bien est du domaine public des collectivités territoriales ou étatique, aux articles de L1311-2 à L1311-4-1 et R1311-1 du Code général des collectivités territoriales, ou à l’article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 et à l’article L2341-1 du Code général de la propriété des personnes publiques), suivi par l’autorisation d’occupation du domaine public constitutive de droits réels (aujourd’hui réglée par les articles de L2122-6 à L2122-14 et de R2122-10 à R2122-27 du Code général de la propriété des personnes publiques et de L1311-5 à L1311-8 du Code général des collectivités territoriales). Le domaine d’application de ces figures et les fins pour lesquelles leur usage est permis a varié plusieurs fois en raison d’interventions fréquentes du législateur et de l’évolution de la jurisprudence. Suite à des phases d’expansion, on a au contraire plus récemment restreint ces applications pour éviter des interférences avec les règles (ayant dans une grande partie une matrice commune européenne) des marchés publics et des contrats de concessions ; mais des techniques se servant de l’attribution d’un droit de superficie au cocontractant du sujet public ont aussi été transposées ailleurs¹¹⁰, notamment parmi les nouvelles règles relatives aux marchés publics¹¹¹ et aux contrats de concession¹¹².

Nombreuses sont aussi les utilisations de la superficie liées à la réalisation de politiques publiques, notamment du logement, déjà en se servant du bail emphytéotique¹¹³, archétype des baux réels, actuellement réglé aux articles de L451-1 à L-451-13 du Code rural et de la pêche maritime. Le bail à construction – la première des figures créés par le législateur en développant le modèle du bail emphytéotique –, aujourd’hui réglé aux articles de L251-1 à L251-9 et de R251-1 à R251-3 du Code de la construction et de l’habitation, lors de son introduction en 1964 par la loi n° 64-1247 était originellement conçu en tant qu’outil pour de larges œuvres d’urbanisation à initiative publique, afin de contraster des spéculations faisant lévirer le coût d’acquisition des sols nécessaires. En alternative donc à l’expropriation administrative et à d’autres voies d’autorité, source de contentieux judiciaires

¹¹⁰ V. aussi l’art. L2341-2 du Code général de la propriété des personnes publiques.

¹¹¹ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 85.

¹¹² Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 50.

¹¹³ B. Vorms, *Le bail emphytéotique : une voie pour aider l’accession dans les zones les plus chères?*, étude ANIL habitat actualité, mai 2011, https://www.anil.org/fileadmin/ANIL/Etudes/2011/bail_emphyteotique.pdf.

fréquents, le bail à construction était un nouveau schéma visant à associer sur de longues périodes les propriétaires des fonds aux bénéficiaires et aux plus-values des œuvres de construction, pour les persuader, aussi à travers des bénéficiaires fiscaux, à concéder leurs sols à des valeurs inférieures à ceux de marché, dans des opérations donnant aux constructeurs l'avantage d'une prérogative réelle, se traduisant en la propriété temporaire des bâtiments, et aux propriétaires des terrains l'avantage d'un loyer assuré pendant longtemps et enfin, le plus souvent, le retour de la disponibilité du fonds amélioré par la réalisation des constructions¹¹⁴. Le bail à construction ayant survécu au dépassement et à l'abrogation des dispositions en matière d'urbanisme de la loi qui l'avait introduit – en raison des utilisations que l'on en faisait souvent dans des contrats hors du domaine des opérations d'urbanisation envisagées par le législateur – sa vocation sociale demeure, témoignée par son usage pour l'accomplissement d'opérations de logements sociaux, comme cela a été le cas du « pass foncier »¹¹⁵. Plus récente, une variante du bail à construction directe non pas à la réalisation d'une nouvelle œuvre, mais à la réhabilitation d'une construction déjà existante (le bail à réhabilitation, introduit par la loi n° 90-449 du 31 mai 1990, est aujourd'hui réglé aux articles de L252-1 à L252-6 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que par la circulaire n° 91-23 du 28 janvier 1991 du Ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer), témoigne une vocation sociale même plus accentuée. Ce bail vise spécifiquement, par une prévalence de règles impératives limitant beaucoup le nombre d'opérations économiques réalisables en employant cet outil, à la réhabilitation d'immeubles vieux ou en mauvais état dans le cadre d'un schéma conventionnel ayant aussi pour but la mise à disposition temporaire, de la part du preneur, de l'immeuble réhabilité en faveur de personnes à bas revenus à des fins de logement. On emploie ainsi pour des buts sociaux un patrimoine immobilier privé, concédé par son propriétaire en vue de l'avantage du

¹¹⁴ Cfr R. Saint-Alary, *Bail à construction et opérations d'urbanisation (commentaire de la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964)*, dans *JCP*, 1966, n° 1976.

¹¹⁵ En consentant à des ménages primo-accédants à bas revenus d'atteindre la propriété de logements et ensuite aussi du sol, en payant au fil du temps, avec des avantages fiscaux et des aides publiques, le prix de l'habitation et puis celui du sol ; v. C. Saint-Alary-Houin, *Les « maisons Boutin » comme « les maisons Borloo » peuvent reposer sur un bail à construction !*, dans *RDI*, 2008, pp. 217 s. ; M. Barré-Pepin, *L'accession différée à la propriété du terrain : bail à construction et pass foncier*, dans *Droit et ville*, 2009, n° 68, pp. 205 ss. ; H. Heugas-Darraspen, *Le prêt « pass foncier », vecteur principal de l'accession sociale à la propriété dans le neuf ?*, dans *RDI*, 2009, pp. 384 ss.

retour final du bâtiment réhabilité, tandis que le preneur – tenu à louer à son tour jusqu’au terme du contrat les logements à des personnes satisfaisant certaines conditions de ressources – est nécessairement un sujet institutionnellement actif dans le domaine de la réalisation du droit au logement.

On arrive enfin aux deux baux réels les plus récents : bail réel immobilier et bail réel solidaire, eux aussi des dispositifs juridiques sophistiqués, mélangeant un aspect de rapport obligatoire (un bail) avec un aspect de droit réel conféré au preneur pour en renforcer les prérogatives. Le bail réel immobilier, introduit par l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire, est réglé par les articles de L254-1 à L254-9 et de R254-1 à R254-7 du Code de la construction et de l'habitation. Sa création s'insère dans le cadre de politiques de logement destinées à la satisfaction d'exigences de ménages de la classe moyenne. Il est défini à l'article L254-1 comme « le bail par lequel un propriétaire personne physique ou personne morale de droit privé consent, pour une longue durée, à un preneur, avec obligation de construire ou de réhabiliter des constructions existantes, des droits réels en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements : 1° Destinés, pendant toute la durée du contrat, à être occupés, à titre de résidence principale, par des personnes physiques dont les ressources n'excèdent pas des plafonds, fixés par décret en fonction de la typologie du ménage, de la localisation et du mode d'occupation du logement [...] ; 2° Dont, pendant toute la durée du contrat, le prix d'acquisition ou, pour les logements donnés en location, le loyer n'excède pas des plafonds fixés par décret en fonction de la localisation du logement, de son type et, le cas échéant, de son mode de financement, [...] ». Pour synthétiser, le bail réel immobilier s'articule autour d'au moins deux schémas d'opérations (quatre si l'on distingue aussi les schémas visant à la construction d'un bâtiment de ceux visant à sa réhabilitation), l'un se réalisant à travers l'attribution en propriété temporaire du logement (mais non pas du sol) au ménage à revenu moyen bénéficiaire en contrepartie d'un prix réglementé, l'autre à travers son attribution en propriété temporaire (toujours sans le sol) à un investisseur, le louant à son tour au ménage bénéficiaire à un prix réglementé. Le sol demeure en tout cas la propriété d'un sujet différent, public ou privé, qui en concède l'utilisation par le moyen de ce bail réel.

Le bail réel immobilier est consenti sur un fonds pour une durée de 18 à 99 ans et ne peut prévoir aucune faculté de résiliation unilatérale ni faire l'objet d'une tacite reconduction :

c'est un espace de temps assez long, qui peut assurer un bon niveau de stabilité même dépassant les exigences d'une seule génération. Les constructions et les améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété superficielle en cours de bail et deviennent la propriété du bailleur à son expiration. A l'issue du bail, pendant lequel le preneur doit maintenir en bon état d'entretien et de réparations les constructions, il ne peut, sauf stipulations contraires, réclamer d'indemnité au regard des améliorations qu'il a effectuées. L'opération permet de réduire, pour le bénéfice de ménages à revenu moyen, le coût de la construction en le séparant du coût du sol, puisque la propriété du sol n'est pas attribuée au propriétaire temporaire du logement, mais demeure dans le patrimoine d'une personne de droit public ou de droit privé (notamment associations, fondations ou d'autres sujets juridiques actifs dans le domaine de la réalisation du droit au logement), qui, à la fin du rapport contractuel, établi pour une très longue durée, acquerra aussi la propriété des constructions, en profitant de l'enrichissement de son fonds, qu'il pourra alors continuer à utiliser pour la réalisation de ses finalités institutionnelles. Des précautions sont prises limitant la circulation juridique et économique du logement, pour garantir que son occupant, propriétaire temporaire ou locataire (ayant loué d'un propriétaire temporaire, qui, à son tour, demeure le preneur du bail à construction) de l'habitation, demeure un ménage répondant aux critères de revenus envisagés, en empêchant des formes de spéculation.

Le bail réel solidaire, introduit par l'ordonnance 2016-985 du 20 juillet 2016 et réglé aux articles de L255-1 à L255-19 et de R255-1 à R255-9 du Code de la construction et de l'habitation, reprend le modèle juridique encore récent du bail réel immobilier, en l'adaptant aux exigences de logement non plus des classes moyennes, mais cette fois des classes populaires. Ce contrat est défini, à l'article L255-1, comme « le bail par lequel un organisme de foncier solidaire consent à un preneur, dans les conditions prévues à l'article L329-1 du code de l'urbanisme et pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans, des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements, avec s'il y a lieu obligation pour ce dernier de construire ou réhabiliter des constructions existantes. Ces logements sont destinés, pendant toute la durée du contrat, à être occupés à titre de résidence principale ». Outre le bénéficiaire différent de l'opération, individué sur la base de ses revenus modestes, les spécificités principales de ce bail par rapport au bail réel immobilier résident : dans le fait que le déroulement de travaux de construction ou de réhabilitation de la part du preneur du bail réel n'est qu'éventuel ; dans

la possibilité que le preneur du bail réel soit tout de suite, sans intermédiation, le sujet ayant des revenus modérés bénéficiaire de l'opération ; dans la qualité exclusive du bailleur, un organisme de foncier solidaire, exerçant une fonction institutionnelle d'intérêt général ; dans les instruments de contrôle encore plus sévèrement contraignants attribués à ce bailleur, toujours demeurant pendant la durée du contrat propriétaire du sol, qui limitent la transmission du droit réel immobilier pour éviter toute spéculation qui puisse porter atteinte à la valeur sociale de l'opération ; dans le caractère « rechargeable » du droit réel, dont la durée est calculée en recommençant de zéro à chaque transmission (pour la cession du droit il est généralement nécessaire d'obtenir le consentement du bailleur-propriétaire du sol¹¹⁶, lequel est obligé en dernier ressort à racheter le droit s'il refuse son approbation à la cession) : c'est une manière de consolider dans les mains de chaque bénéficiaire de l'opération un capital, qu'il peut aussi transformer facilement en liquidité, sans le risque que sa valeur soit compromise déjà lors de l'acquisition par la proximité de l'échéance.

Il y aurait encore beaucoup à dire sur les mécanismes de ces deux baux réels que l'on vient de décrire dans leurs grandes lignes et pour cela on ne peut que renvoyer aux études spécifiques¹¹⁷. Ce qu'il est plus important de souligner ici c'est le souffle venant du monde de *common law* qui a inspiré leur introduction dans l'ordre juridique français. En effet, ces dispositifs juridiques, et surtout le bail réel solidaire, avec la création aussi des organismes de foncier solidaire, se présentent comme l'adaptation française du mécanisme du *community land trust*¹¹⁸, bien connu de plusieurs systèmes

¹¹⁶ Des règles spécifiques concernent les successions *mortis causa* : v. art. L255-14.

¹¹⁷ V., *ex ceteris*, M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, dans *RDI*, 2014, pp. 265 ss. ; J.-F. Davignon, M. Poumarède, *Droit des biens immobiliers : la propriété temporaire au service du logement*, dans *Droit et patrimoine*, 2015, n° 246, pp. 83 ss. ; B. Mallet-Bricout, *Baux réels et solidarité*, dans *RTD civ.*, 2016, pp. 943 ss. ; B. Chevreux, R. Léonetti, *Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes*, dans *JCP N*, 2016, n° 827 ; J. Picard, *Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable*, dans *Petites affiches*, 2016, n° 233, pp. 6 ss. ; B. Wertenschlag, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, dans *AJDI*, 2016, pp. 740 ss. ; F. Roussel, *Nouveau bail notarié : voici le bail réel solidaire*, dans *JCP N*, 2016, n° 925 ; M. Poumarède, *Le bail réel solidaire*, dans *RDI*, 2016, pp. 544 ss. ; M. Poumarède, *Entrée en vigueur du bail réel immobilier*, dans *RDI*, 2016, pp. 546 ss. ; V. Zalewski-Sicard, *Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins*, dans *Constr.-Urb.*, 2016, n° 10, pp. 9 ss. ; F. Roussel, G. Le Dù, *La pratique du bail réel solidaire*, dans *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n° 3, pp. 23 ss. ; C. Sardot, A. Teitgen, *Le bail réel solidaire, un outil de mixité sociale*, dans *JCP N*, 2018, *Immobilier*, n° 1141.

¹¹⁸ V. M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, dans *RDI*, 2014, p. 268 ; B. Mallet-Bricout, *Baux réels et solidarité*, dans *RTD civ.*, 2016, p. 944 ; B. Wertenschlag, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, dans *AJDI*, 2016, pp. 740 ss. ; J. Picard, *Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable*, dans *Petites affiches*, 2016, n° 233, p. 13 ; S. Brange *et alii*, *Genèse du bail réel immobilier et du bail réel solidaire : inspiration de la pratique étrangère*

de *common law*, mais aussi déjà mis à l'épreuve en Belgique. Son mécanisme, dont les racines profondes peuvent être recherchées dans des théories et des expériences sociales existantes depuis des siècles, a été théorisé et mis en place aux Etats-Unis depuis la fin des années soixante-début des années soixante-dix¹¹⁹, jusqu'à devenir un phénomène répandu dans le pays, trouvant place dans des lois, destinataire de financements publics et privés importants et constituant désormais un réseau étendu de coordination, qui a bien résisté à la crise des *subprimes* en démontrant sa fiabilité. Son introduction au Royaume-Uni a été un succès, de sorte qu'un réseau important s'y est diffusé aussi¹²⁰, en imposant une certaine réglementation législative¹²¹.

Le système des *community land trusts* constitue une alternative à l'idée de l'appropriation privée individuelle des sols – soit ruraux, soit urbains – dont la classe des rentiers fonciers bénéficie au détriment des accédants aux logements (mais aussi d'entrepreneurs qui ont besoin de bâtiments servant au déroulement de leurs activités d'entreprise), ce qui est souvent perçu comme une source d'inégalités sociales regrettables. Pour réaliser leur but, les animateurs d'un tel mécanisme utilisent des structures juridiques¹²² dirigées à permettre l'accession à la propriété de logements à des personnes à faibles revenus, à travers la séparation de la propriété et du coût du sol (rendu inaliénable et lié stablement au dessin institutionnel de l'organisation) et du bâti. Malgré la présence de modèles spécifiques différents, selon la loi du lieu d'établissement et la volonté des fondateurs, on a individué quelques éléments caractérisant en général le *community land trust* – souvent prenant la forme d'une

et bilan des dispositifs existants, dans *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n° 3, pp. 7 ss.; v. aussi M. Uhry, *Nouvelles voies pour le logement social : que cent fleurs s'épanouissent!*, dans *L'économie politique*, 2015, n° 65, pp. 59 ss.

¹¹⁹ V. R. S. Swann *et alii*, *The Community Land Trust. A Guide to a New Model for Land Tenure in America*, Cambridge (Massachusetts), 1972.

¹²⁰ V. C. Harrington, R. Seagrief (sous la direction de), *The Community Land Trust Handbook*, Londres, 2012.

¹²¹ V. notamment *Housing and Regeneration Act*, 2008, chapter 17, n° 79, (4)-(5).

¹²² 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. 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. aussi C. Harrington, R. Seagrief (sous la direction de), *The Community Land Trust Handbook*, Londres, 2012, parr. 4.2, 4.3.

société de droit privé, administrée par des personnes choisies démocratiquement par la communauté intéressée (résidents et non) ainsi que par les autorités locales¹²³ – comme une "organisation non marchande qui possède, développe et gère des propriétés au profit des membres de la collectivité locale et avec son concours. Il s'agit pour cette organisation d'acquérir des terrains et des biens immobiliers en vue de les garder durablement en propriété, tout en en faisant profiter (sur le long terme également) des particuliers. [...] La spécificité du modèle des CLT est fondée sur quelques éléments de base : la séparation entre la propriété foncière et la propriété de l'immeuble; la création de logements accessibles à perpétuité; une gestion démocratique de la part de la collectivité; une insertion territoriale poussée; l'accompagnement des habitants; une mixité sociale ainsi qu'une mixité fonctionnelle du bâti"¹²⁴. Les bénéficiaires de l'opération, appartenant aux catégories sociales envisagées, peuvent ainsi se trouver en même temps locataires du sol et propriétaires du logement qui y est bâti¹²⁵, tandis qu'une clause anti-spéculative est prévue pour garantir que, pendant le temps, l'opération demeure en faveur de ces mêmes catégories au fil de la circulation juridique de l'immeuble¹²⁶.

¹²³ J.-P. Attard, *Un logement foncièrement solidaire: le modèle des community land trusts*, dans *Mouvements*, 2013/2, n° 74, p. 145.

¹²⁴ N. Bernard, G. de Pauw, L. Géronnec, *Coopératives de logement et Community Land Trusts*, dans *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2010/28, par. 3.2.1 ; v. aussi A. Di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: the Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, dans *American Journal of Comparative Law*, v. 62, 2014, pp. 376-379.

¹²⁵ V. J.-P. Attard, *Un logement foncièrement solidaire: le modèle des community land trusts*, dans *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 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 ».

¹²⁶ Cfr N. Bernard, G. de Pauw, L. Géronnec, *Coopératives de logement et Community Land Trusts*, dans *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2010/28, 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 » ; v. aussi A. Vercellone, *Urban commons e modelli di governo*, dans A. Quarta, M. Spanò (sous la direction de), *Beni comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni*, Sesto San Giovanni, 2016, pp. 177-178.

En analysant l'opération d'importation en France du *community land trust*, on peut envisager deux éléments qui pourront déterminer le succès de cette expérience d'hybridation. Le premier concerne la similarité des valeurs sociales et des exigences qui sont à la base de l'opération, qui impliquent à des degrés différents les classes populaires et parfois moyennes de la plupart des pays économiquement développés, fortement urbanisés, où l'impossibilité ou l'extrême difficulté d'accéder à un prix raisonnable à un logement décent et salubre affectent profondément la vie quotidienne des personnes. En même temps, l'enrichissement de quelques propriétaires fonciers, qui dérive de leur rente de situation, est à son tour généralement perçu dans toutes ces sociétés comme un problème, un facteur de multiplication dans le temps des inégalités sociales. En deuxième lieu, on a déjà observé l'influence germanique demeurée au-dessous de la surface romaine du système des biens du Code civil. Discrètement, à la frontière et à l'ombre de ce système, des institutions juridiques souples comme le droit de superficie et le bail emphytéotique, qui sous l'Ancien Droit étaient classées parmi les instruments privilégiés de dédoublement du domaine, ont constitué la soupape de décompression de l'ordre juridique instauré par le Code, en empêchant son effondrement sous le poids de sa même rigidité et, plus récemment, en se multipliant en des figures différenciées plus spécifiques de baux réels. Il est donc sur un tissu d'évolution pluriséculaire des baux réels, et non sur un vide, que les deux dernières figures, s'inspirant au mécanisme du *community land trust* de *common law*, se sont installées, en adaptant à des exigences spécifiques certaines caractéristiques qui étaient *in nuce* dans les baux réels déjà existants dans l'ordre juridique français. Loin d'être l'importation d'une institution étrangère inconnue, la création des baux réels immobilier et solidaire – avec leur conception d'une propriété temporaire (mais de longue durée) et limitée (mais garantissant la réalisation des exigences de logement envisagées) – représente une nouvelle étape du long parcours de mise en discussion de l'absolutisme de la propriété du Code civil qui remonte déjà au lendemain de l'émanation du Code, avec la réintégration à un niveau profond du système d'éléments de la conception germanique des situations d'appartenance¹²⁷.

¹²⁷ Cfr S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, Paris, 2012, p. 674: « Etant « une technique sociale d'accès à l'utilisation du sol », la saisine pourrait, en outre, être regardée comme le précurseur

En Belgique aussi, si l'on regarde au rapport entre droit de superficie et intérêt général, il est possible d'instituer un droit de superficie sur un bien du domaine public en faveur de son concessionnaire, personne de droit privé, pourvu que l'on respecte les principes fondamentaux de la domanialité, comme la précarité de la situation du bénéficiaire et, notamment, le non-préjudice de la destination publique de la chose¹²⁸. On signale aussi des utilisations de plus en plus fréquentes du droit de superficie et du droit d'emphytéose pour réaliser des buts sociaux, dans le cadre de politiques publiques, étatiques et régionales, qui visent à l'accès à un logement salubre et décent des couches les plus faibles de la population¹²⁹. Malgré les différences de cadre juridique entre France et Belgique, l'aptitude des structures de droit réalisant une dissociation juridique de l'immeuble à des opérations sociales visant à garantir à tous l'accès à un logement s'est ainsi manifestée dans le contexte belge aussi, dans une convergence vers des résultats similaires. L'attention du débat public et des spécialistes¹³⁰ et la réélaboration créative des instruments mis à disposition par le droit civil ont créé les conditions pour la formation en Belgique,

de la propriété-accès, laquelle tend à remplacer, selon certains, la propriété-exclusion et constitue l'une des dimensions de notre propriété-faculté d'habiter. Or, la ressemblance ne s'arrête pas là: comme la propriété de droits dans une chose-milieu, la saisine n'est pas « *nécessairement un droit perpétuel* » ».

¹²⁸ V. *Cour de Cassation, 18 mai 2007, n° C.06.0086.N*: « 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. aussi 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?*, dans *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 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 concessionnaire, et qui peuvent dès lors être qualifiés de «droits réels administratifs» » .

¹²⁹ V. N. Bernard, *L'emphytéose et la superficie comme pistes de solution à la crise du logement ou « c'est dans les vieilles casseroles... »*, dans *Les échos du logement*, 2010, n° 1, pp. 1 ss.

¹³⁰ V. N. Bernard, G. de Pauw, L. Géronnez, *Coopératives de logement et Community Land Trusts*, dans *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*, dans *Les cahiers de l'urbanisme*, 2011, n° 78, pp. 91 ss.

même avant qu'en France, d'un réseau en expansion rapide de *community land trusts*, avec la reconnaissance et le soutien, aussi économique, d'autorités publiques¹³¹.

2) La Constitution italienne et le droit de superficie en tant que manifestation d'un principe juridique de l'acquisition de la propriété à travers le travail

On a déjà maintes fois évoqué dans cet essai la descendance, en général, de la figure du droit de superficie d'une plus générale approche juridique tournée à l'exaltation du travail humain et de la production en matière de situations d'appartenance, qui s'oppose depuis des millénaires d'expérience juridique au principe de l'accession, qui veut la propriété de l'œuvre acquise par un rapport de subordination abstraite au sol, bien immobilier par excellence : une sorte de propriété idéale de la matière à laquelle le travail se plierait en tant qu'élément accessoire. On peut idéalement opposer les deux principes de l'acquisition de la propriété d'une construction ou plantation à travers le facteur actif du travail productif ou, au contraire, à travers le facteur passif de la titularité du sol. Une doctrine italienne prestigieuse a pendant le XX^e siècle attiré l'attention sur un « principe juridique du travail »¹³², caractérisant la conception germanique de propriété – calquée sur l'effectivité productive des situations possessoires – et souvent dans l'histoire du droit renaissant de ses cendres après toute

¹³¹ 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*, dans *Revue pratique de l'immobilier*, 2017, n° 1, pp. 229 ss. Pour l'exemple de Bruxelles v. la définition de *community land trust* adoptée (sous le nom d' « alliance foncière régionale ») dans l'ordonnance du 11 juillet 2013 modifiant l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant sur le code bruxellois du logement, art. 2, § 1^{er}, 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 démembres. 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.lemma.ulg.ac.be/urba/Cours/Cas/1112/etude%20de%20cas2_CLT_BLAFFART-LOISEAU-WEBER.pdf.

¹³² V. Simoncelli, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, dans V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Rome, 1938, pp. 314 ss. ; de nos jours, en défendant la valeur philosophique du principe de l'acquisition de la propriété à travers le travail précisément par rapport avec le droit de superficie, v. A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, dans P. Cendon (sous la direction de), *Il diritto privato oggi*, Milan, 2004, pp. 106-107.

défaite face à l'idée d'une propriété unitaire, absolue, exclusive, perpétuelle. Dans des ordres juridiques qui accueillent en tant que corollaire de cette dernière idée de propriété le principe de l'accession – comme c'est le cas des ordres juridiques continentaux modernes, ayant rompu avec la tradition coutumière de la superposition de situations propriétaires diverses sur la même chose – le principe juridique de la propriété acquise par le travail, qui par conséquent succombe, ne peut subsister que sous la forme discrète de dérogation et d'exception à la règle triomphante de l'accession : tel est le droit de superficie, sorte de rétribution de l'œuvre laborieuse consistant en la « propriété du travail, assise sur la propriété de la terre »¹³³. En effet, quand par la volonté politique dominante et par l'œuvre des auteurs on voulait recouvrer la conception romaine de l'accession, l'institution de la superficie, même si elle aussi était née dans le modèle juridique romain, a servi de forme juridique pour permettre une récupération d'éléments du modèle germanique de valorisation du travail en tant que moyen d'acquisition de la propriété, lorsque celui-ci était conforme au sentiment social et aux nécessités concrètes des acteurs économique-juridiques, en trouvant son propre chemin même en opposition aux normes abstraites telles que codifiées¹³⁴.

Cette dernière sous-partie de l'article est encore une fois dédiée à l'ordre juridique italien, dans lequel, malgré l'absence de montages sophistiqués utilisant le droit de superficie, comme les baux réels et la propriété de volumes, des usages de cette institution juridique en présence d'un intérêt général subsistent quand même. Comme en France (et en Belgique) ces usages se trouvent en matière de valorisation de la propriété publique et de réalisation de politiques sociales du logement. Plusieurs auteurs et plusieurs arrêts qualifient comme des droits de superficie, avec la conséquence d'une application résiduelle des règles du *Codice civile* concernant cette institution, les prérogatives de certains titulaires de concessions sur des biens du domaine public¹³⁵. On a, notamment, interprété la situation d'un tel concessionnaire,

¹³³ F. Ferrara, *Diritto di macchiatto e superficie (commento a Cass. civ., sez. II, 5 luglio 1929)*, dans *Il foro it.*, 1929, I, c. 1048.

¹³⁴ Cfr E. Bassanelli, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, dans *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario*, II, Milan, 1954, pp. 605-606.

¹³⁵ *Cass. civ., sez. II, 28 febbraio 1969, n° 670, Il foro it., 1969, I, 852 ; Cass. civ., ss.uu., 16 marzo 1960, n° 539, MFI, 1960, 122 ; Cass. civ., sez. I, 10 aprile 1969, n° 1154, MFI, 1969, 343 ; Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 1970, n° 176, MFI, 1970, 66 ; Cass. civ., ss.uu., 13 febbraio 1997, n° 1324 ; Cass. civ., sez. I, 4 maggio 1998, n° 4402 ; G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Turin, 1947, pp. 103-104 ; G.*

dans un mélange de droit public et de droit privé, comme comprenant un droit de propriété sur la construction et une prérogative sur le sol, qui se présentent envers les tiers comme des situations réelles de droit civil pleines et inconditionnées, tandis qu'envers l'administration publique, en présence d'un intérêt public supérieur, comme des situations juridiques plus faibles, en tant que découlant d'un acte administratif et régies par la réglementation spécifique du secteur impliqué¹³⁶. Les conventions régissant les rapports, soit entre concessionnaire et administration, soit entre concessionnaire et tiers, demeurent en général subordonnées à l'efficacité de l'acte administratif de concession¹³⁷.

On peut bien sûr aussi établir des droits de superficie sur des biens du domaine privé de personnes publiques¹³⁸ ; notamment, la loi prévoit la construction de parkings privés en droit (temporaire) de superficie sur ou sous des sols appartenant à la commune¹³⁹, suivant la demande de propriétaires d'immeubles concernés ou de constructeurs, avec la constitution d'un lien d'affectation (même si plus récemment affaibli par le législateur) entre parking et appartement¹⁴⁰ : il s'agit d'œuvres privées, exécutées par des sujets privés en vue de leurs propres exigences, mais impliquant l'intérêt général d'une décongestion de la circulation routière et destinées, à l'échéance

Giacobbe, *La superficie*, dans *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milan, 2003, p. 122 ; *contra*, en niant toute similitude de la situation du concessionnaire avec celle du titulaire d'un droit réel de superficie, en raison de la prévalence d'un intérêt public dans la caractérisation de la situation du concessionnaire, qui exclut l'utilisation d'archétypes du droit privé, L. Salis, *La superficie*, Turin, 1949, p. 36 ; G. Pescatore, R. Albano, *Della proprietà*, t. I, dans *Commentario del Codice civile*, Turin, 1968, p. 630. G. Pugliese, *Della superficie*, dans F. de Martino *et alii*, *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, 4^e éd., dans *Comm. Scialoja-Branca*, Bologne, Rome, 1976, pp. 584-585, suggère la présence dans ces situations d'un droit réel assimilable à la superficie réglée par le *Codice civile*, mais assujetti en premier lieu à la réglementation de lois spéciales et subordonné à l'intérêt public.

¹³⁶ Cfr M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, dans P. Cendon (sous la direction de), *Diritto italiano*, Padoue, 2006, pp. 381-384 ; A. Guarneri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, dans A. Gambaro, U. Morello (sous la direction de), *Trattato dei diritti reali*, vol. II, *Diritti reali parziari*, Milan, 2011, pp. 52-56 ; v. aussi G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, dans *Enc. dir.*, XLIII, Milan, 1990, pp. 1474-1476.

¹³⁷ V. *Cons. St.*, sez. IV, 19 gennaio 1988, n° 11, *Il foro amministrativo*, 1988, 35.

¹³⁸ G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, dans *Enc. dir.*, XLIII, Milan, 1990, p. 1476.

¹³⁹ Art. 9 de la loi n° 122 du 24 mars 1989.

¹⁴⁰ V., *ex ceteris*, L. Salis, *Il « posto macchina » nel condominio*, dans *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1985, II, pp. 235 ss. ; G. Alpa, *Parcheggio, posteggio, posto-auto*, dans *Contratto e impresa*, 1987, pp. 585 ss. ; A. Candian, *Conseguenze civilistiche del vincolo urbanistico di destinazione afferente i parcheggi: giurisprudenza e legislazione a confronto*, dans *Quadrimestre*, 1990, pp. 104 ss.

du droit réel, à revenir à la commune¹⁴¹. En outre, l'article 27 de la loi n° 865 du 22 octobre 1971 prévoit l'attribution possible de droits de superficie à des sujets privés sur des sols destinés à des installations productives prévues dans le cadre de plans communaux d'installations productives. L'emploi aussi en Italie du droit de superficie pour la réalisation de logements sociaux a été remarquable et courante : postérieurement à l'évocation du droit de superficie déjà par l'article 10 de la loi n° 167 du 18 avril 1962, l'article 35 de la loi n° 865 du 22 octobre 1971, qui a remplacé ledit article, prévoit l'expropriation par les communes (ou leurs établissements de coopération) des sols intéressés, qui deviennent partie de leur domaine privé, et puis un mécanisme (en alternative à la cession des terrains en pleine propriété) d'attributions aux constructeurs ou directement aux accédants aux logements d'un droit de superficie temporaire, entre 60 et 99 ans, sur le sol, tout cela à des prix inférieurs à ceux du marché, même si suffisants dans l'ensemble à couvrir les dépenses de la commune dues à l'acquisition des aires constructibles¹⁴². Le maintien d'une propriété publique sur le sol, en fonction d'une programmation publique du développement des politiques du logement, s'accompagnait dans ce schéma à une conformation stricte, aux exigences et aux objectifs d'intérêt général, du droit de propriété superficielle exercé sur les habitations. Le droit de superficie jouait ainsi un rôle délicat d'élément de synthèse entre besoins et entre intérêts diversifiés, dans un cadre orienté à l'accomplissement d'une opération d'intérêt général réalisant des valeurs de solidarité sociale¹⁴³. Sans avoir mis en place la multiplicité flexible d'adaptations spécifiques de la figure de la superficie propre à l'ordre juridique français, le législateur italien semblait quand même avoir adopté un choix de développement des potentialités sociales de cette institution juridique parallèle au parcours français ou belge. Mais un revirement s'est ensuite manifesté, affaiblissant sensiblement le cadre normatif des logements sociaux attribués à travers un droit de superficie qui paraissait solidement établi : ainsi, d'une part on a allégé les restrictions à la possibilité d'aliénation des logements prévues quand le sol avait été

¹⁴¹ V. A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, dans P. Cendon (sous la direction de), *Il diritto privato oggi*, Milan, 2004, p. 567.

¹⁴² Art. 35 de la loi n° 865 du 22 octobre 1971.

¹⁴³ Cfr M. Pallottino, P. Bonaccorsi, *Soggetti e strumenti per la realizzazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica*, dans *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, vol. I, *Aspetti costituzionali e amministrativi*, Milan, 1986, p. 454.

cédé en pleine propriété aux accédants aux logement¹⁴⁴ ; d'autre part, pour les aires concédées aux accédants sous la forme d'un droit de superficie (ainsi que pour les aires concédées sous la forme d'un droit de superficie pour les installations productives), on a prévu et de plus en plus favorisé la faculté de la part des habitants de transformer leur droit de superficie en une pleine propriété perpétuelle, par une modification de la convention existante entre le sujet public et le bénéficiaire. Cette faculté de cession de la propriété du sol, consentie aux communes par l'article 3 de loi n° 549 du 28 décembre 1995, a été élargie par l'article 3 de la loi n° 662 du 23 décembre 1996, sauf déclaration d'inaliénabilité du conseil municipal. On avait prévu un mécanisme de délibération des superficiaires concernés, dont la décision collective engageait chacun, tandis que, plus récemment, le législateur (article 31 de la loi n° 448 du 23 décembre 1998) a préféré attribuer à chaque superficiaire la faculté d'acquérir une quote-part de la propriété du sol et de pérenniser la propriété du logement, sans regard aux décisions des autres superficiaires¹⁴⁵. Non seulement cette nouvelle approche pourrait donner lieu à des situations ambiguës de copropriétés formées d'un mélange de propriétaires pérennes et de propriétaires superficiaires à temps n'ayant sur le sol qu'un droit de superficie, mais, ce qui est plus important, elle témoigne un choix de politique législative de désinvestissement des mécanismes de dissociation juridique de l'immeuble pour réaliser des besoins sociaux en matière d'accès au logement. Le législateur italien semble avoir été inspiré soit par des nécessités contingentes de liquidité des collectivités territoriales, réalisées aussi par la cession de leurs patrimoines immobiliers, soit par une plus générale orientation de retrait de la propriété publique et de l'interventionnisme étatique en l'économie, sans que l'on puisse bien comprendre comment ce nouvel exploit des mécanismes du marché privé pourrait faire face avec équité et efficacité aux problèmes de pauvreté et

¹⁴⁴ V. art. 20 de la loi n° 179 du 17 février 1992, comme modifié par l'art. 3 de la loi n° 85 du 28 janvier 1994 ; v. aussi art. 31 de la loi n° 448 du 23 décembre 1998, notamment al. 46 et al. 49-bis (introduit par le D.L. n° 70 du 13 mai 2011, converti avec des modifications par la loi n° 106 du 12 juillet 2011, art. 5, c. 3-bis). Sur les incertitudes de la jurisprudence sur le cadre normatif stratifié qui en découle, notamment pour ce qui concerne la permanence ou non de la limitation du prix de cession du bien immobilier suite à l'enlèvement de l'interdiction d'aliéner, v. *Cass. civ., ss.uu., 16 settembre 2015, n° 18135* ; *Cass. civ., sez. II, 28 maggio 2018, n° 13345*.

¹⁴⁵ V. G. Casu, *In tema di trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà nei piani di zona*, *Consiglio Nazionale del Notariato* : étude n° 2666 du 9 février 2000, <http://elibrary.fondazione-notariato.it/approfondimento.asp?app=19/studicnn/2666gc&mn=3&tipo=3&qn=8> ; G. Musolino, *Il diritto di superficie ovvero la proprietà in atto e in potenza (I parte)*, dans *Rivista del notariato*, 2017, III, p. 869.

de manque de logements à un prix accessible dans plusieurs villes et métropoles, exacerbés par la croissance de la population urbaine et par la crise économique, en la présence en même temps de phénomènes de spéculation foncière faisant lévirer énormément le prix d'achat des immeubles urbains¹⁴⁶.

Peut-on déjà conclure ainsi le discours sur les utilisations sociales du droit de superficie en Italie ? On a des raisons d'en douter, en y ayant, selon l'avis de qui écrit, les conditions pour l'établissement aussi en droit italien de liens bien plus profonds entre droit de superficie et fonction sociale de la propriété. On a remarqué la caractéristique de la superficie d'être une manifestation en droit de la propriété d'une approche de valorisation et d'exaltation du travail puisque cette caractéristique rend le droit de superficie non pas neutre par rapport à la Constitution, en vigueur depuis 1948, source suprême de l'ordre juridique italien, à laquelle toute autre norme, y compris le *Codice civile* de 1942, est tenue de se conformer : la loi doit alors être interprétée en harmonie avec les principes constitutionnels – et, quand cela n'est pas possible, elle perd sa légitimité, par l'intervention du juge constitutionnel. En outre, le législateur est tenu dans son activité à respecter et à développer les principes établis par la Constitution, qui est le fruit d'un compromis délicat entre des cultures politiques diversifiées, dont notamment la tendance chrétien-sociale et la tendance socio-communiste, qui avaient précédemment joint leurs forces dans la lutte antifasciste de Libération. Cette source suprême de l'ordre juridique en premier lieu accueille à l'article 42 l'idée d'une fonction sociale de la propriété privée, telle que théorisée déjà par la doctrine française¹⁴⁷ mais jamais montée en France jusqu'au texte constitutionnel¹⁴⁸, et l'idée d'un devoir du législateur de réaliser cette fonction et de rendre la propriété privée accessible à tous ; encore, l'article 44 prévoit l'imposition spécifique de contraintes à la propriété foncière privée, en limitant aussi son extension selon la région, afin d'assurer une exploitation rationnelle du sol et des

¹⁴⁶ Cfr A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, dans *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milan, 2017, pp. 917 ss.

¹⁴⁷ V. notamment L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912 ; G. Renard, L. Trotabas, *La fonction sociale de la propriété privée*, Paris, 1930 ; L. Josserand, *Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau*, dans *Mélanges juridiques dédiés à M. Sugiyama*, Tokyo, 1940, pp. 95 ss. ; M. Laborde-Lacoste, *La propriété immobilière est-elle une « fonction sociale » ?*, dans *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967, pp. 373 ss.

¹⁴⁸ Cfr A. De Vita, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea: analisi comparativa del diritto francese*, Milan, 1969, pp. 125 ss.

rapports sociaux équitables. En surmontant le paradigme propriétaire du *Codice civile* de 1942 – qui à son tour avait déjà dépassé le libéralisme de la codification de 1865 (inspirée au modèle français) et liait indissolublement dans la définition de propriété de l'article 832 le pouvoir plein et exclusif de jouissance et de disposition du *dominus* aux limitations et aux contraintes établies par l'ordre juridique – le dessin constitutionnel adapte, conforme en profondeur et canalise la propriété, notamment foncière, au nom des valeurs d'égalité substantielle et de solidarité sociale, en sacrifiant dans une certaine mesure la figure passive du rentier à celles productives du travailleur et de l'entrepreneur¹⁴⁹. En deuxième lieu, aussi le travail en tant que tel est accueilli dans le texte constitutionnel, voire en tant qu'élément essentiel de sa structure, déjà l'article 1 en déclarant que "l'Italie est une république démocratique, fondée sur le travail". Cette vocation à l'exaltation de la valeur du travail¹⁵⁰ émerge encore, parmi les principes fondamentaux, à l'article 3, alinéa 2, liée au principe d'égalité substantielle, et à l'article 4, en tant que reconnaissance d'un droit (et d'un devoir) au travail de tout citoyen et proclamation d'un engagement des autorités publiques pour rendre ce droit effectif. Le travail est aussi le fil conducteur du titre III ("Rapports économiques") de la partie I ("Droits et devoirs des citoyens") de la Constitution, où il est protégé dans toutes ses formes et applications, en général et dans les situations de la femme et du mineur travailleurs, ainsi qu'avec des références spécifiques aux problématiques de la rétribution, de la durée maximale de la journée de travail, au repos hebdomadaire, aux congés annuels rétribués, à la sécurité sociale, à la liberté syndicale et au droit de grève, à un droit à collaborer à la gestion des entreprises.

Tout cela met en évidence la centralité dans la Constitution italienne du travail, tel qu'il se manifeste aussi dans le droit de superficie : la propension de ce dernier à donner lieu à un équilibre des situations d'appartenance valorisant la primauté du travail en fait un instrument très utile pour faciliter en droit privé des concrétisations du projet constitutionnel hybride en matière de propriété, qui, sans nier un rôle à la propriété individuelle, en consacre expressément la fonction sociale et le but de la

¹⁴⁹ Cfr P. Barcellona, *Proprietà (tutela costituzionale)*, dans *Dig. disc. priv.*, XV, 1997, Turin, p. 467.

¹⁵⁰ V. C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, dans L. Gaeta (sous la direction de), *Costantino Mortati e "il lavoro nella Costituzione": una rilettura, atti della giornata di studio*, Milan, 2005, pp. 7 ss.

rendre accessible à tous. La superficie est une sorte de laboratoire pluri-séculier d'expériences – depuis une phase mature du droit romain, enrichie par le solidarisme de la culture juridique germanique, habillée encore une fois sous une forme romaine pendant les siècles du *ius commune*, survécue aussi à la récupération de l'individualisme propriétaire de l'ère des codifications bourgeoises et aujourd'hui en train de se développer de plus en plus en France – dans lequel on peut puiser, en la matière des situations d'appartenance, pour réaliser des synthèses d'intérêts conformes au dessin constitutionnel, dans un équilibre délicat entre travail, profit et rente. C'est pourquoi toute initiative tantôt de réforme, tantôt, entretemps, de relecture, dans un sens constitutionnellement orienté, des règles du droit privé italien¹⁵¹, peut trouver dans le droit de superficie un candidat idéal pour fournir une pièce essentielle d'un tel projet.

Une telle valorisation constitutionnellement orientée du droit de superficie pourrait se réaliser concrètement de plusieurs façons. Loin de proposer ici d'imiter passivement le modèle français dans un ordre juridique qui a connu des évolutions différentes, on pourrait toutefois s'inspirer en Italie à cette expérience par exemple en renforçant les liens d'une part entre droit de superficie et droit d'emphytéose¹⁵², d'autre part entre droit de superficie et baux immobiliers, dans les deux cas la superficie jouant un rôle accessoire par rapport à un droit, réel ou personnel, constitué à titre principal. *De iure condito*, sans vouloir réhabiliter la théorie peu solide d'une propriété séparée dépourvue d'un droit de superficie, certains aspects de cette doctrine pourraient être

¹⁵¹ Pour des perspectives de relecture constitutionnellement orientée des règles de droit privé en matière de propriété, v., parmi les contributions de la doctrine, S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, dans *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp. 1252 ss. ; S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, 3^e éd., Bologne, 2013 ; S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, dans *La proprietà nel nuovo diritto*, Milan, 1964, pp. 274 ss. ; U. Natoli, *La proprietà: appunti delle lezioni*, I, 2^e éd., Milan, 1976, pp. 178 ss. ; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Naples, 1984, pp. 492 ss. ; C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, dans P. Schlesinger (sous la direction de), *Il codice civile commentato*, Milan, 1994 ; A. Quarta, *La polvere sotto il tappeto. Rendita fondiaria e accesso ai beni comuni dopo trent'anni di silenzio*, dans *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 253 ss. ; M. R. Marella, *La funzione sociale oltre la proprietà*, dans *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 551 ss. ; A. Lucarelli, *Beni comuni e funzione sociale della proprietà. Il ruolo del comune*, dans L. Sacconi, S. Ottone (sous la direction de), *Beni comuni e cooperazione*, Bologne, 2015, pp. 111 ss. ; v. aussi P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, dans *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 37 ss.

¹⁵² L'emphytéose en Italie demanderait elle aussi une certaine œuvre de modernisation de la part du législateur : aujourd'hui, quasiment confinée au monde rural, elle ressent beaucoup d'un certain archaïsme et des conflits sociaux qui ont accompagné son évolution. L'emphytéose perpétuelle demeure ainsi admise, ce qui est compensé par une très large (et peu pratique pour des montages immobiliers urbains sophistiqués) faculté d'affranchissement de l'emphytéote.

repris et enrichis des suggestions de la théorie belge de la superficie-conséquence, en affirmant la présence d'un droit de superficie en tout cas de dérogation au principe de l'accession immobilière, mais en reconnaissant en même temps que, au-delà de la superficie telle que spécifiquement réglée par la loi comme un droit réel "ordinaire", un "différent" droit de superficie pourrait être constitué aussi, accessoire à un autre droit principal sur le sol qui détermine la physionomie précise du droit subsidiaire. En présence d'un droit de superficie-conséquence, la réglementation de la superficie prévue par le *Codice civile* pourrait être appliquée seulement en tant que compatible avec le régime du droit principal. La non uniformité des orientations des interprètes italiens pourrait cependant rendre souhaitable une intervention du législateur, par exemple spécifiant dans la réglementation de l'emphytéose (et de l'usufruit, ainsi que de la servitude, pour les œuvres réalisées sur le fonds servant) et des locations d'immeubles que les additions réalisées par l'emphytéote ou par le preneur deviennent pendant la durée du rapport la propriété temporaire de celui-ci, sauf convention contraire, en précisant parmi les règles de la superficie que ces normes sont applicables à la superficie-conséquence seulement en tant que compatibles avec le régime du droit constitué à titre principal. Afin d'assurer une circulation juridique sûre de la situation juridique envisagée, des dispositions devraient aussi régler (éventuellement de façon diverse selon le droit constitué à titre principal) l'hypothèque et la publicité foncière de la superficie-conséquence, ainsi que les conséquences de son extinction anticipée.

De nouvelles utilisations du droit de superficie satisfaisant directement et explicitement un intérêt général pourraient aussi être mises en œuvre, car cette institution juridique peut de plusieurs façons servir au dessin constitutionnel de solidarité sociale et d'interventionnisme de l'Etat dans l'économie, dans des secteurs comme la valorisation de la propriété immobilière publique (par exemple, à des fins d'exploitation de biens culturels, de réalisation d'œuvres ayant une utilité culturelle ou sportive revenant à la fin du contrat au sujet public, etc.) et les logements sociaux. Certains montages sophistiqués tels qu'ils sont développés en droit français pourraient à ce propos offrir des suggestions à des demandes sociales présentes en Italie aussi : cela pourrait être le cas, par exemple, du droit du preneur du bail réel solidaire, dont le caractère rechargeable pourrait mieux gagner la confiance des utilisateurs, en

contribuant à faire surmonter la tendance actuelle du législateur italien au désinvestissement de l'institution superficielle en matière de droit au logement. L'idée fondamentale d'une séparation du sol, affecté d'une façon permanente à une fonction sociale, du bâti, attribué en propriété temporaire aux bénéficiaires de l'opération, offre en effet un atout fondamental au droit des logements sociaux, qui est capable de se concrétiser en plusieurs montages différents selon les exigences spécifiques du territoire et des bénéficiaires envisagés, comme on le voit dans les *community land trusts* aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, en Belgique, désormais en France et demain, peut-être, aussi en Italie.

En conclusion, dans sa souplesse essentielle, la superficie, éventuellement conjointe avec l'emphytéose, pourrait offrir ses potentialités aussi en Italie aux opérateurs du droit, dans le cadre de rapports exclusivement de droit privé ou aussi de droit de la propriété des personnes publiques et de droit des politiques sociales. Plusieurs montages pourraient réaliser, directement ou indirectement, des besoins sociaux ayant une reconnaissance constitutionnelle. En tout cas, pour accomplir cela une intervention du législateur, en tant qu'expression de la volonté générale, semble opportune et, en certains cas, nécessaire, car il incombe précisément au législateur d'évaluer si et quand le vaste patrimoine d'expérience du droit de superficie, en se servant aussi des suggestions découlant d'une étude comparative, peut offrir des réponses aux besoins sociaux envisagés dans le cadre de la réalisation du dessin constitutionnel. L'enjeu de la doctrine italienne est entre-temps, en tenant compte des pistes de réflexion qui arrivent aussi de la France et de la Belgique, d'offrir aux praticiens du droit, au débat démocratique et, en définitive, au législateur, les instruments dont ils peuvent se servir pour faire face à des demandes répandues dans la société, d'autant plus quand elles font l'objet d'une protection constitutionnelle. Cela en sachant que le sommeil de la réglementation des immeubles est désormais partout plutôt un préjugé d'inaliénabilité qu'une réalité effective, cette branche du droit aussi se trouvant à devoir régir, selon des critères de justice, d'efficacité et de certitude, des réalités socio-économiques qui sont en train de changer d'une manière rapide et radicale.

PARTE INTRODUTTIVA

A) Alcune coordinate

Come premessa allo studio che seguirà, può risultare utile anticipare al lettore alcune coordinate scelte per il percorso argomentativo, per permettere di seguire più agevolmente sin dall'inizio il dispiegarsi dello stesso.

a) L'oggetto e il metodo dell'indagine

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.

b) Gli ordinamenti giuridici presi in considerazione

Nella presente trattazione, 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: non saranno per esempio considerati gli ordinamenti tedesco e svizzero, pur influenti sul modello di diritto di superficie adottato dal nostro Codice civile, né quello austriaco, pur con interessanti elementi di continuità con la teoria del doppio dominio, né la scelta della recente nuova codificazione in Romania di giungere a positivizzare l'istituto. Non si colgono gli spunti in materia di separazione dei titoli giuridici di appartenenza sul suolo e sul soprassuolo rinvenibili nei Paesi islamici e

tanto più importanti nei sistemi dei diritti reali delle esperienze di socialismo asiatico. Il catalogo dei terreni fertili che si potrebbe e si dovrebbe esplorare più ampiamente in materia di dissociazione giuridica dell'immobile permane 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 scelto, oltre che in quanto riferibile al luogo di discussione della tesi, 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, al di là delle facilitazioni empiriche dovute al coinvolgimento di un ateneo francese nel percorso di dottorato e al facile accesso dello scrivente alle fonti in lingua originale, 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

sviluppendosi 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 superficario. 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 indagini dedicate all'argomento di tesi. 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*. E' 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.

c) "Superficie": un'ambiguità semantica

Prima ancora di considerare altri problemi definatori del diritto in esame, legati alla sua proteiforme fisionomia e alle sue variegate manifestazioni, occorre osservare come il nome stesso dell'istituto sia fonte di 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"¹⁵³, 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 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"¹⁵⁴, 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

¹⁵³ *Enciclopedia universale Rizzoli Larousse*, v. XIV, Milano, 1971, p. 526.

¹⁵⁴ *Dizionario Garzanti della lingua italiana*, ed. minore, Milano, 1966, p. 843.

étendue et dans son caractère extérieur. [...] Nombre caractérisant l'étendue d'une surface (aire). [...] Fig. et littér. Aspect superficiel (opposé à fond)"¹⁵⁵. 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!

E' 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 a noi familiare, anche "parte superiore", "edificio" o "edifici", "fabbricato" o "fabbricati", "costruzione" o "costruzioni"¹⁵⁶. 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 pur avvezzi al ragionamento giuridico. Sebbene nella presente tesi 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 delle ambivalenze concettuali che si riscontreranno nel corso dell'esposizione potranno 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, per 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 aver contribuito a isolare tra le più diffuse forme di scomposizione giuridica dell'immobile soltanto alcune 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 aver contribuito non

¹⁵⁵ *Le petit Robert de la langue française*, Parigi, 2018, p. 2461.

¹⁵⁶ 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.

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'istituto¹⁵⁷, 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 coinvolti¹⁵⁸, 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.

d) Una definizione evanescente

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 negli arresti giurisprudenziali, quanto nelle ricostruzioni 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

¹⁵⁷ Che comunque figura anche nelle più recenti esperienze di codificazione dell'istituto in discorso: cfr. art. 693 del nuovo *Cod civil* rumeno.

¹⁵⁸ Cfr. R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 105-106.

proprietà (c.d. « *proprietà superficiaria* ») separata da quella del suolo, la quale ultima (c.d. « *nuda proprietà* ») resta invece al concedente; ovvero

b) nella propriet  separata (c.d. propriet  superficiaria) di una costruzione gi  esistente di cui un soggetto diverso dal proprietario diviene titolare, mentre la propriet  del suolo (c.d. *nuda propriet *) resta al concedente"¹⁵⁹.

Ben pi  intricato si presenta il quadro al di l  delle Alpi¹⁶⁰ e ben pi  variegati e vagamente ondivaghi sono i tentativi di definizione che si ritrovano nella manualistica di più diffusa adozione nelle université: "droit de propriété sur les constructions"¹⁶¹; "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"¹⁶²; "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"¹⁶³; "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

¹⁵⁹ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXI ed. a cura di F. Anelli, C. Granelli, Milano, 2013, pp. 291-292.

¹⁶⁰ Sull'impressione di ambiguit  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 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".

¹⁶¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, p. 369.

¹⁶² 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.

¹⁶³ 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.

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 doit 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 propriétaire du sol. Il y a deux propriétés séparées, superposées sur le même immeuble, chacune ayant une assiette différente de l'autre"¹⁶⁴; "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"¹⁶⁵; "La superficie est le droit réel appartenant à une autre personne que le propriétaire du sol sur ce qui se trouve dessus [...] ou dessous [...]"¹⁶⁶; "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"¹⁶⁷.

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 tesi cercherà di dare una risposta a queste questioni e dedicherà

¹⁶⁴ C. Larroumet, *Droit civil, t. II: les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 435.

¹⁶⁵ G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 234.

¹⁶⁶ P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 307.

¹⁶⁷ H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 155-156.

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.

e) Gli interessi economico-sociali coinvolti

Varie problematiche di consistente spessore teorico, che toccano i fondamenti stessi dei modelli di proprietà immobiliare, sono evocate dalle questioni qui accennate e a cui si tenterà di dare qualche risposta nel corso della trattazione. L'argomento di tesi è però 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. Senza trascurare le questioni teoriche, l'approccio della tesi cercherà di porre sempre in primo piano questi interessi variamente in dialogo o in scontro, evidenziando, nella misura del possibile, le istanze e i rapporti di forza nella società retrostanti alle diverse scelte normative e al loro variare, nonché alle ricostruzioni dogmatiche.

f) Il filo della trattazione

E' possibile individuare alcuni filoni principali che caratterizzeranno il percorso argomentativo della tesi, 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 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 alla tesi 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.).

B) Introduzione all'evoluzione storica del diritto di superficie

Nel caso del diritto di superficie, il percorso storico dell'istituto è quanto mai essenziale per comprenderne le configurazioni attuali. Ci si soffermerà allora brevemente su tale evoluzione, presentando qualche cenno sulle principali fasi.

a) Età romana e Medioevo

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 servitù¹⁶⁸, 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’accessione¹⁶⁹ nella sua più ampia accezione¹⁷⁰ contribuiva a realizzare, attraendo inderogabilmente alla proprietà del suolo quella del soprassuolo e del sottosuolo, faceva ostacolo a ogni prospettazione di divisione della proprietà in fasce orizzontali¹⁷¹. 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 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 così¹⁷² a concedere a terzi la possibilità di edificare sul suolo altrui (dapprima pubblico)¹⁷³, in una prima fase nel quadro di un rapporto obbligatorio

¹⁶⁸ 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".

¹⁶⁹ La cui concettualizzazione come principio generale e astratto è però propria piuttosto dei romanisti successivi che del modo effettivo di operare del diritto romano.

¹⁷⁰ "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).

¹⁷¹ A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 18 ss.

¹⁷² Cfr. R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in AA.VV., *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".

¹⁷³ 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

(*locatio conductio*)¹⁷⁴ di lungo periodo: questa genesi nella sfera dell'obbligatorietà avrà profonde conseguenze sulle caratteristiche dell'istituto superficario, anche con riferimento al presente degli ordinamenti continentali. Col tempo però il pretore iniziò a concedere al superficario un interdetto (proibitorio) *de superficibus* 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 realtà all'epoca di Giustiniano, come diritto alienabile, ipotecabile e trasmissibile agli eredi, con un contenuto molto ampio¹⁷⁵, 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 dominante¹⁷⁶, la configurazione come proprietà superficaria, 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

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”.

¹⁷⁴ 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 superficaria. 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 superficaria rispetto alla normale *locatio 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.

¹⁷⁵ P. Bonfante, *Diritto romano*, Firenze, 1900, p. 316.

¹⁷⁶ Cfr. G. Pugliese, *Note sulla superficie nel diritto giustiniano*, Milano, 1943; v. F. Sitzia, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, 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 giustiniana. 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. Nardoza, *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.

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 cose¹⁷⁷, secondo un principio generale per cui tutto ciò che l'uomo produce con l'opera sua gli appartiene, "in quanto non osti un altro principio di diritto a cui la legge dia la prevalenza nei singoli casi"¹⁷⁸. 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 economico¹⁷⁹. 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

¹⁷⁷ A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 24.

¹⁷⁸ V. Simoncelli, *Nota a Trib. civ. Lecce, 8 giugno 1899*, ne *Il foro it.*, 1900, I, c. 70.

¹⁷⁹ V. R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in AA.VV., *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 conclus 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 *Rivista di diritto civile*, 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".

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 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 sovrastanti¹⁸⁰, quest'ultima attribuita a titolo di proprietà a innumerevoli soggetti diversi¹⁸¹. In generale, si assiste a un mutamento di paradigma delle regole in tema di appartenenza; vi è un passaggio da una visione formalistica e soggettivistica della proprietà, come forma unitaria ed esclusiva di signoria sulla cosa di un unico *dominus valida erga omnes*, a una concezione rivolta 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 realtà, fino al manifestarsi di un miglior titolo al possesso¹⁸². "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)"¹⁸³.

¹⁸⁰ Cfr. A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Rivista di diritto civile*, 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".

¹⁸¹ 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 subsistent".

¹⁸² 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.

¹⁸³ 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 pervenuto¹⁸⁴: 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 superficario avevano potuto recuperare un certo ruolo, e campagna, dove i rapporti giuridici erano più apertamente improntati al diritto feudale di matrice germanica¹⁸⁵. 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 riemergente¹⁸⁶, la forza dell'idea romana di *dominium*, unitario e assoluto, tale da influenzare anche il diritto dei conquistatori, dando vita a un sostrato su cui si fonderà l'idea moderna continentale di proprietà¹⁸⁷. Con la riscoperta delle

¹⁸⁴ V. le diverse posizioni di A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Rivista di diritto civile*, 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. E' vero che alcuni testi statuari 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*".

¹⁸⁵ A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Rivista di diritto civile*, n. 4, 1915, pp. 479-480, 497-498.

¹⁸⁶ La prima volta per opera della scuola dei glossatori, poi ancora più volte fino a giungere in eredità alle rivoluzioni borghesi di sette-ottocento per il tramite dei giusnaturalisti.

¹⁸⁷ A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Rivista di diritto civile*, n. 4, 1915, pp. 479-480, 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

fonti romane e una certa ripresa della vita urbana¹⁸⁸, 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 superficaria¹⁸⁹, 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, livello, locazioni di lungo periodo¹⁹⁰ e tanti altri esistenti negli usi locali, riconducevano alla teoria, da loro elaborata, del doppio dominio, utile e diretto¹⁹¹, 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*¹⁹². 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

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".

¹⁸⁸ V. A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Rivista di diritto civile*, 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".

¹⁸⁹ Cfr. A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Rivista di diritto civile*, 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".

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, II ed., Parigi, 2010, pp. 423-428.

¹⁹² 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".

– 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"¹⁹³. 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 soprassuolo¹⁹⁴. Così può spiegarsi storicamente la trasformazione della superficie romana, diritto prima personale e poi reale sul fondo 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 proprietà¹⁹⁵.

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) Età moderna: 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

¹⁹³ G. Giacobbe, M. Nardoza, *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".

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ V. I. Birocchi, M. C. Lampis, *Superficie (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1469-1470.

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 capitalistico¹⁹⁶. 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 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 il proprio potere e 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 tripartizione¹⁹⁷. L'articolo 544 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 stringenti¹⁹⁸. A sancire la libertà del titolo dominicale

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ Libro I “Des biens et des différentes modifications de la propriété”; libro II “Des biens et des différentes modifications de la propriété”; libro III “Des différentes manières dont on acquiert la propriété”.

¹⁹⁸ 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

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.

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 Pothier¹⁹⁹. 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 – come si vedrà, 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”²⁰⁰, limitando gli interessi giuridicamente rilevanti qualificabili come frazionamenti del diritto di proprietà a poche e ben limitate tipologie²⁰¹. 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 diverso²⁰². Il tema è tuttavia ancora oggetto di ricostruzioni diversificate. Si è per esempio

statutes that were growing together with the authority and organisation of the modern centralised state”.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, n. 4, p. 1080.

²⁰¹ U. Mattei, *Basic Principles of Property Law: a Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Londra, 2000, p. 14.

²⁰² 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”.

osservato, in un orientamento della storiografia del diritto contemporanea²⁰³, come l'assunzione della 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*²⁰⁴, 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 reale²⁰⁵ 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 titolarità giuridica distinta del suolo e del soprassuolo, con la conseguenza di una generale caduta in desuetudine dell'istituto²⁰⁶.

²⁰³ R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in AA.VV., *Coutume, usages et pratiques: disputatio magistrorum et scholarium argentorati*, Parigi, 2015, pp. 33 ss.

²⁰⁴ 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, aiséments 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”.

²⁰⁵ 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 diritti di proprietà simultanei e sovrapposti, di natura tra loro differente, 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.

²⁰⁶ 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'esegista 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”.

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 fondo²⁰⁷; 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 miniere²⁰⁸. 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 accordi²⁰⁹, pur pensando non poco a inquadrare concettualmente i diritti in questione, dapprima perlopiù come sorta d'indivisione o di comproprietà²¹⁰ o qualche volta (forse con maggior rigore rispetto alla lettera del *Code*) come mera servitù²¹¹, riconoscendone poi, via via con maggior convinzione, la natura di diritti di proprietà sovrapposti²¹²,

²⁰⁷ 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. Falcmaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 630.

²⁰⁸ 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".

²⁰⁹ *Cass. civ.*, 30 nov. 1853, *D.*, 1854, I, 17; *Cass. civ.*, 7 avr. 1862, *S.*, 1862, I, 459.

²¹⁰ *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.

²¹¹ *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.*, 1^{er} mai 1888, *D.*, 1888, I, 219.

²¹² *Cass. req.*, 21 oct. 1813, riportata 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, I, 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

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 preesistenti²¹³ e consentendo il perdurare degli stessi, spesso esistenti con varie denominazioni da tempo immemorabile in contesti rurali, a dispetto dell'origine urbana dell'istituto superficario nel diritto romano. Si è osservato, in una puntuale ricostruzione storica²¹⁴, 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 codicistica 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 giuridiche 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

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.

²¹³ Spesso sotto forma di diritti di superficie "parziali", ovvero vertenti soltanto su alcuni elementi del soprassuolo.

²¹⁴ A.-M. Patault, *La propriété non exclusive au XIX^e siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1983, pp. 217 ss.

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 soprassuolo²¹⁵.

Una simile lettura finiva per prevalere anche nella dottrina²¹⁶, 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 altrui²¹⁷, 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 costruzione²¹⁸. Vicino a quest'ultima posizione, ma con

²¹⁵ Per A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Rivista di diritto civile*, 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".

²¹⁶ 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, adhérent 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 prescrivere attraverso il non uso.

²¹⁷ 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 menzionata 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.

²¹⁸ J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 549.

più espliciti rinvii alla teoria del doppio dominio, Troplong, trattando dell'istituto superficario nella sua dimensione convenzionale, aveva esplicito il meccanismo di tale contratto come una separazione della *superficies* 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 superficario la libera disposizione del soprassuolo, investito del suo pieno possesso, e da attribuire allo stesso un diritto "nella proprietà stessa" dell'immobile²¹⁹. 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 detti²²⁰, anche ritenendo di rinvenire direttamente nel diritto romano la disciplina applicabile all'istituto²²¹: 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 superficario, autonomo da figure come servitù e usufrutto²²², in un contesto normativo e, più in generale, politico-culturale che poneva al centro il diritto di proprietà e che guardava con sfavore ai pesi

²¹⁹ 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.

²²⁰ 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.

²²¹ Cfr. F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 493-494.

²²² 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.

imposti su di esso²²³. 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 giuridiche²²⁴. A simili ambiguità tanto più si assisteva nelle campagne: "Dans la première moitié du XIX^e siècle, deux droits des 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 deuxième moitié du XIX^e 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 simultanéité coutumière"²²⁵. Questi assetti proprietari dissociati sommersi, più o meno rapidamente ricondotti alla categoria omnicomprensiva del diritto di superficie, hanno

²²³ Cfr. A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 41 ss.

²²⁴ Cfr. J. Chiffolleau, *Conclusion*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Roma, 1995, pp. 319-320: "la propriété que nous étudions entre le XII^e et le XX^e 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)".

²²⁵ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, p. 243.

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.

C) Modelli di proprietà nella comparazione civil law-common law

Come si è già anticipato, i punti di riferimento principali della presente trattazione sono l'ordinamento italiano e quello 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 del diritto della proprietà, quali si manifestano nei due modelli. Per meglio comprendere queste tendenze e 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 della tesi 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 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 economica"²²⁶. 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, al solo fine 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,

²²⁶ 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.

incentrando il discorso sul mutare del ruolo del diritto di superficie a fronte degli eventi storici e sull'adattabilità che esso ha mostrato nel far fronte 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'oltremania, capostipite, potremmo dire, della tradizione di *common law*, una prima, importante, differenza, si osserva proprio nella sostanziale continuità di tale sistema giuridico nella Storia. Beninteso, non che la storia inglese non abbia conosciuto le sue turbolenze; eppure, in essa non si riscontra una rottura generale²²⁷, estesa e definitiva, com'è stata in Francia la Rivoluzione del 1789²²⁸, irraggiandosi, nelle sue conseguenze 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'oltremania.

E' comune alla fase feudale tanto inglese quanto continentale la preminenza dell'arcana idea germanica di *saisine* (o *Gewere* o *investitura* che dir si voglia), a fondamento del sistema di diritto privato quanto pubblico, "da intendere nel

²²⁷ 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.

²²⁸ Per una rassegna del travagliato percorso storico all'insegna della discontinuità 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".

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"²²⁹, 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 giuridico²³⁰ (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 sfruttamento²³¹. Se nel continente si è poi manifestata la ripresa della concezione del *dominium* – 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 gradualmente, 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

²²⁹ 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.

²³⁰ A. Candian, *Propriété*, in A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property - propriété - Eigentum: corso di diritto privato comparato*, Padova, 2002, pp. 196-199.

²³¹ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, p. 19.

modalità con cui si produsse nel continente 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.

E' così che il diritto inglese contemporaneo mantiene le strutture fondamentali e la terminologia che ha ereditato dalla fase feudale della propria formazione²³²; e le influenze romane, comunque da non sottovalutare quali elementi via via confluiti nel corso del tempo nel quadro composito dell'ordinamento d'oltremarica – 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'extrastatalità 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, 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 rimediabile 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 in rapidissima evoluzione. 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 atto²³³, 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 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

²³² 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, *The 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.

²³³ La più importante, in Inghilterra, con i *Property Acts* del 1925.

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 variegata di sfruttamento delle cose da parte dell'uomo, e, in generale, la facile plasmabilità – scovre 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 altrove²³⁴. 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 terzi²³⁵. Tra gli istituti sviluppatasi nell'alveo della giurisdizione di *equity*, il più significativo per la sfera della *property* è appunto il *trust*, variamente costituito (negoziato, 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 realtà²³⁶. Il *trust* nella dottrina comparatistica è stato qualificato come uno "smembramento pianificato della proprietà"²³⁷ 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

²³⁴ U. Mattei, *Basic Principles of Property Law: a Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Londra, 2000, p. 8.

²³⁵ 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 against certain purchasers, irrespective of any question of notice. If they are registered, they bind every purchaser, again irrespective of notice".

²³⁶ Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 124 ss.

²³⁷ 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".

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, "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'²³⁸. 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 cosa²³⁹. 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

²³⁸ L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *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".

²³⁹ 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, n. 4.02, p. 204.

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*²⁴⁰.

La principale classificazione che caratterizza l'ordine²⁴¹ 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 denaro²⁴² (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 proprietaria²⁴³. 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 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

²⁴⁰ S. Garner, A. Frith, *A Practical Approach to Landlord and Tenant*, III ed., Oxford, 2002, p. 4.

²⁴¹ 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*.

²⁴² G. Pugliese, *Property*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, n. 1.2, p. 2.

²⁴³ L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *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.

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 proprietà²⁴⁴.

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 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 possibilità di godimento di un suolo²⁴⁵. 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) migliore²⁴⁶. Dalla non assolutezza del diritto 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*²⁴⁷. Un ultimo cenno, che si rivelerà importante nel corso della

²⁴⁴ L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 59-63.

²⁴⁵ L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, 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.

²⁴⁶ L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *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 il quale dimostri di avere un titolo basato su un possesso *anteriore* e, quindi, *poziore*".

²⁴⁷ 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,

presente trattazione, deve essere dedicato alla frazionabilità (anche) "quantitativa", ovvero in senso temporale, dei *property rights*²⁴⁸. 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 legislatore²⁴⁹, si mantiene aperto grazie alla parallela struttura di *interests in land* riconosciuti in *equity*, con l'attribuzione di prerogative sostanzialmente reali²⁵⁰.

c) Il rapporto tra suolo e costruzione nel sistema 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 presenta 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

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".

²⁴⁸ 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".

²⁴⁹ 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 *estate 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.

²⁵⁰ L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *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 (*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.

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 costruttore con materiali propri, a cui in *common law* generalmente non sarà data un'azione, se non, ricorrendone 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'opera²⁵¹. 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"²⁵²; 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 contratto²⁵³. I giuristi inglesi in proposito non disdegnano di quando in quando il ricorso a terminologie e concetti che rimandano al mondo del diritto romano per affermare la preminenza della titolarità del suolo sullo statuto giuridico di soprassuolo e sottosuolo²⁵⁴, sia pure

²⁵¹ 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).

²⁵² *Law of Property Act* del 1925, 205, (1), (ix).

²⁵³ 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).

²⁵⁴ 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

non senza contrasti e, in ogni caso, con molta flessibilità per quanto riguarda lo spazio aereo oltre quanto effettivamente utile al godimento del fondo²⁵⁵.

Se quindi un assetto proprietario di preminenza del suolo sul soprassuolo si è affermato anche nella *common law*, la sua derogabilità per via convenzionale 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. Ciò che, come si vedrà, il giurista francese è abituato a chiamare “proprietà di volumi” e che la suprema giurisprudenza italiana rifiuta di ammettere nel nostro ordinamento è quindi possibile nel sistema di *common law*, trovando peraltro da tempo una particolare diffusione nel modello australiano²⁵⁶. Stratificazioni orizzontali dei diritti sul fondo, sopra o sotto il livello del terreno, sono allora ammissibili, come evidenzia lo stesso succitato testo legislativo 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 la rete di obblighi reciproci tra i proprietari coinvolti nell'operazione, solo abbastanza di recente essendo intervenuto il *Commonhold and Leasehold Reform Act* del 2002²⁵⁷. Di conseguenza, la stratificazione orizzontale degli *estates in land*, quando rispondeva agli interessi degli utenti del diritto, si è più sovente realizzata nel sistema

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”.

²⁵⁵ V. N. P. Gravells, *Land Law*, IV ed., Londra, 2010, p. 4; K. Gray, S. F. Gray, *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”.

²⁵⁶ K. Gray, *Elements of Land Law*, Londra, 1987, pp. 19-20.

²⁵⁷ N. P. Gravells, *Land Law*, IV ed., Londra, 2010, p. 4.

di *common law* attraverso la creazione di *leaseholds*²⁵⁸ – di cui si approfondiranno le esperienze legate alla configurazione dei *community land trusts* – piuttosto che di *freehold estates*, pur non mancando esperienze di diverso segno²⁵⁹. Pertanto, 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'oltremarica, 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. 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

²⁵⁸ Si può per esempio citare il tradizionale strumento del *building lease*, soprattutto praticato nei periodi vittoriano e di Edoardo VII; 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". 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.

²⁵⁹ K. Gray, S. F. Gray, *Elements of Land Law*, V ed., Oxford, 2009, pp. 16-17.

may be resolved by the implementation of the new scheme of landholding, termed commonhold"²⁶⁰. Senza poter approfondire la questione, 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 termine²⁶¹ a conduttori per molti versi assimilabili a proprietari sostanziali²⁶², al punto di poter tendenzialmente disporre in tutta libertà del proprio diritto. Il problema della posizione ambigua, sul crinale tra il versante della realtà e quello della personalità, delle locazioni in generale e, tanto più, di locazioni 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

²⁶⁰ 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".

²⁶¹ 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. Alternatively, the developer can retain the freehold either directly or by transferring it to a company that it owns.

The developer will chose 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".

²⁶² 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".

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 sorprendenti analogie con quanto si è accennato del sistema di *common law*.

PARTE I: NATURA E PRINCIPI DEL DIRITTO DI SUPERFICIE

TITOLO 1: IL DIRITTO DI SUPERFICIE: UN ISTITUTO ENIGMATICO

Capitolo 1) I Fondamenti del diritto di superficie

Sezione 1: Le esigenze economiche e sociali

L'istituto superficario risponde a esigenze economiche e sociali profonde e 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"²⁶³. 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

²⁶³ G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 3.

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.

Sottosezione I: 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'alternativo ruolo nel diritto di un "principio del lavoro e della produzione come titolo di acquisto della proprietà"²⁶⁴. 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 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*"²⁶⁵.

²⁶⁴ 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*, ne *Il foro it.*, 1942, I, c. 597.

²⁶⁵ F. Ferrara, *Diritto di macchiativo e superficie (commento a Cass. civ., sez. II, 5 luglio 1929)*, ne *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 capov.). 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 la presente tesi, il riconoscimento di

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 giustiniana (e si sarebbe consolidato ancora nel diritto bizantino²⁶⁶), recepito nella legislazione dei secoli di crisi e decadenza della produzione agricola e di abbandono dei fondi²⁶⁷, 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. 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"²⁶⁸. 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'Impero²⁶⁹.

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 preogative della realtà. Ancora voci nella trattatistica italiana dei nostri giorni difendono la

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.

²⁶⁶ 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.

²⁶⁷ 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.

²⁶⁸ V. Simoncelli, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 323.

²⁶⁹ A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 24-25.

rilevanza giuridica 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 dell'uomo che con esse si accompagna a fornire, con la interscambiabilità, la ricchezza al proprietario di quel fondo"²⁷⁰.

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 romano²⁷¹; 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 fonte 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

²⁷⁰ A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 106-107.

²⁷¹ 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.

servito allora 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 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"²⁷²: e, tra queste vie indirette, ritroviamo le intricate vicende, fino ai nostri giorni, dei diritti di enfiteusi e di superficie.

E' 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 della tesi, 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 lavoro²⁷³, pur compiendo sicuramente dei passi in avanti rispetto al

²⁷² E. Bassanelli, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, in *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario*, II, Milano, 1954, pp. 605-606.

²⁷³ Cfr. E. Bassanelli, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, in *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario*, 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

freddo liberalismo del precedente Codice, a cui hanno fatto seguito ulteriori passi negli interventi successivi del legislatore, soprattutto in materia di diritto agrario²⁷⁴. 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 dalla portata espansiva del diritto positivo, come il diritto di superficie, che meglio possono farsi vettori di un riaffiorare di tale fondamentale principio.

Sottosezione II: 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"²⁷⁵. 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 nella tesi di Marty. Di seguito, s'introdurrà il concetto e se ne osserveranno alcuni risvolti.

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 osservi 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.

²⁷⁴ 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.

²⁷⁵ P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, p. 53.

A) *La dissociazione giuridica dell'immobile*

Di dissociazione giuridica dell'immobile può parlarsi 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, scomposto e suddiviso in più beni, con diversi proprietari²⁷⁶. 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"²⁷⁷. 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'uno²⁷⁸. 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

²⁷⁶ Cfr. C. Beroujon, *Entre droits réels et personnels: la concurrence des prérogatives sur l'immeuble urbain au XIX^e siècle*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e 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, AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103^e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007.

²⁷⁷ U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, p. 295.

²⁷⁸ Cfr. J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976, p. 61: “un telle situation suppose le passage de la réalité à une fiction selon laquelle les parties de l'immeuble antérieur, 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”.

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. Pertanto, lo sconfinamento dell'accessione al rapporto tra il suolo e la colonna d'aria che vi si trova 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 di tale istituto 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 ultracorporale della nozione di proprietà immobiliare del *Code civil* a fronte dell'incalzare dell'immateriale²⁷⁹.

Occorre avvertire che la terminologia, caratterizzata dall'ambiguità semantica di cui si è detto, 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 superficie²⁸⁰; zone grigie esistono anche nel modello francese – che pure della superficie accoglie la nozione più vaga e

²⁷⁹ Beninteso, non s'intende affatto, nella presente tesi, 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.

²⁸⁰ 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; una serie di situazioni di confine sono però, come si vedrà, fatte salve in tale ordinamento attraverso la teoria della superficie-conseguenza.

malleabile²⁸¹ – 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 che sotto l'ombrello della nozione di superficie 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 tradizione²⁸². Ma, forse, l'esclusione concettuale dei condomini di edifici dall'ambito del diritto di superficie, a dispetto della loro effettiva funzione di deroga al principio dell'accessione²⁸³, 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

²⁸¹ 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.

²⁸² 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.

²⁸³ V. M. Basile, *Diritti e doveri dei condomini*, in A. Gambaro, U. Morello, *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*".

giuridicamente distinti: un'esigenza che sicuramente si dimostra molto presente nelle società più urbanizzate. 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.

B) Diritto di costruire e dissociazione dell'immobile

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 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 di matrice pubblicistica in materia di *ius aedificandi* sono fonte di più o meno radicale conformazione della proprietà. Anche ad ammetterne la permanente inerenza alla proprietà fondiaria²⁸⁴

²⁸⁴ 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 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

piuttosto 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 interessati²⁸⁵. La presente tesi 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 superficie²⁸⁶.

C) *Dissociazione dell'immobile e durata del diritto dissociato*

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".

²⁸⁵ 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, *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.

²⁸⁶ 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, 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*.

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 sospetto²⁸⁷: visto dagli studiosi ottocenteschi come “un'anomalia, un vizio nella legislazione”²⁸⁸, lontano dall'“ordine naturale delle cose”²⁸⁹, 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 pieno 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 informativi 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 minoritarie, 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 tempo²⁹⁰, diverso è il discorso per le teorie, moniste o dualiste, che nel diritto di superficie

²⁸⁷ 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”.

²⁸⁸ J.-E. Labbé, *Note sous Cass. civ.*, 16 déc. 1873, in *S.*, 1874, I, p. 458.

²⁸⁹ J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, pp. 548-549.

²⁹⁰ 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.

identificano (solo o anche) una forma di proprietà, spazialmente limitata ma teoricamente completa di tutte le utilità 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 conferito²⁹¹ proprio ragionando sulle soluzioni offerte dalle regole che affrontano le situazioni di patologia del rapporto fondato su un titolo convenzionale²⁹². Le problematiche 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 in materia di superficie 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 dogma dell'esclusività del diritto del proprietario del fondo, sacrificandone l'interesse a un pieno riespandersi del suo diritto dominicale. Come 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

²⁹¹ 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.

²⁹² 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'exécute 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.).

stessa, recependone quindi la non soggezione a prescrizione e la naturale perpetuità. Lo stesso orientamento risulta pure dalla giurisprudenza recente²⁹³.

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 questione²⁹⁴; 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 o pubblico, alla riespansione spaziale del proprio diritto²⁹⁵, 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 parziali²⁹⁶, riferiti a singoli elementi del soprassuolo, o saranno concordati in

²⁹³ Cass. 3^e civ., 6 mars 1991, n. 89-17786; CE, 30 nov. 2007, n. 271897.

²⁹⁴ 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.

²⁹⁵ 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.

²⁹⁶ 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,

presenza di un effettivo interesse economico a uno sfruttamento autonomo del sottosuolo o ancora, nel modello francese, s'inquadreranno perlopiù in un'operazione di scomposizione dello spazio in volumi oggetto di appropriazione privata, frequente nel quadro della realizzazione di grandi insiemi immobiliari.

Nel panorama italiano attuale, a differenza del precedente codice del 1865 assai prossimo a quello francese²⁹⁷, 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"²⁹⁸. 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

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 remunerazione 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.

²⁹⁷ Nel cui vigore il problema della prova del diritto di superficie risultava cruciale; per la necessità dell'atto scritto per contrastare la presunzione di appartenenza dell'opera al proprietario del suolo e dimostrare la rinuncia 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.*

²⁹⁸ A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 204-205.

effetto del non uso protratto per venti anni²⁹⁹: entro 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 assetto³⁰⁰, che rende il valore del suolo, salva la possibilità di sfruttamento delle utilità economiche del sottosuolo, quasi nullo, dipendente dalle sole, remote, possibilità di rinuncia o di perimento o di demolizione a cui non faccia seguito per vent'anni una ricostruzione da parte del superficiario³⁰¹. E' 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

²⁹⁹ 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 AA.VV., *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 fissato 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 recentemente espressa sulla questione: 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".

³⁰⁰ 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.

³⁰¹ U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, p. 299.

esso tornerà a operare il meccanismo della prescrizione estintiva³⁰². 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 temporaneo³⁰³: se ne osserveranno più avanti le implicazioni nel quadro della teoria della proprietà. Naturalmente, la limitazione temporale del diritto del superficiario s'imporrà anche ai suoi aventi causa³⁰⁴.

Sezione 2: 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.

Sottosezione I: Francia

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

³⁰² *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.*

³⁰³ Da ultimo, v. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 230; *contra*, F. De Martino, *Della proprietà*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà*, art. 810-956, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 124, nota 3.

³⁰⁴ S. Sangiorgi, *Della superficie*, in *Comm. Cendon*, vol. III, 1991, p. 268.

nell'omnicomprensiva disciplina dell'accessione, quale regolata dagli articoli da 547 a 577³⁰⁵, 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"³⁰⁶.

A) *Articoli 552 e 553 del Code civil*

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 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.

³⁰⁵ 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".

³⁰⁶ 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 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 sottostante³⁰⁷, 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.

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. E' dunque proprio nei sottili interstizi lasciati aperti

³⁰⁷ 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".

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 spese³⁰⁸ 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. E' 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.

B) Articolo 664 della redazione originale e altri articoli interessati

Gli articoli successivi aiutano a comprendere la concezione di 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, piantagioni 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

³⁰⁸ Cui si aggiunge implicitamente anche l'ulteriore prova, che il terzo è chiamato a dare, di aver costruito nel proprio interesse: W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, comm. à artt. 551-553*, 2017, n. 23.

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 del diritto di 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.

C) Belgio (cenni)

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 dal suo vicino, in quanto esso, sin dal 10 gennaio 1824³⁰⁹, 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.

L'istituto è attualmente 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 disotto³¹⁰ 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

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ La possibilità di un diritto di superficie nel sottosuolo era controversa prima della riforma.

concedente o il suo avente causa non possono impedire 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 suolo³¹¹. 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 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

³¹¹ 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".

diritto di superficie, si è d'altronde giunti anche in Belgio, come si vedrà, 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 limitata 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.

Sottosezione II: Italia

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 proprietà³¹², 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* 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 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,

³¹² 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".

per esempio nell'articolo 2810, n. 3, che ne afferma l'ipotecabilità³¹³, utile a consentire al costruttore un più agevole ricorso al credito³¹⁴, e nel 2643, n. 2, che afferma 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 superficario, 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 attribuito³¹⁵.

A) Regole in tema di accessione immobiliare

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 (articolo 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 terzo 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 (artt. 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 avvedute³¹⁶. 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

³¹³ Sulla possibilità del superficario 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.

³¹⁴ V. AA.VV., *Codice civile: testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943, n. 1135, pp. 265-266.

³¹⁵ Cfr. U. Morello, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. Gambaro, U. Morello, *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010, p. 156; G. Musolino, *La superficie. Contenuto del diritto e poteri del superficario e del proprietario del suolo*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 791 ss.

³¹⁶ 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.

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 legge³¹⁷, nonché salvo quanto puntualmente disposto dalle regole in tema di opere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui³¹⁸, opere fatte da un terzo con materiali altrui ovvero propri e occupazione di porzione di fondo attiguo (ipotesi di accessione invertita, su cui 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

³¹⁷ 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".

³¹⁸ 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".

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 disciplina delle costruzioni, piantagioni e opere fatte dal terzo con materiali propri sviluppa quella di cui al 555 del *Code civil*, prevenendo una parte del contenzioso da esso ingenerato, in particolare richiedendosi semplicemente, in Italia, la buona fede del terzo, intesa come ragionevole convincimento di avere il diritto di costruire³¹⁹, 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.

B) Costituzione del diritto di superficie, diritto sulle costruzioni al disotto del suolo e divieto di proprietà separata delle piantagioni

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 giuridico³²⁰: 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"³²¹. Il testo prescrive

³¹⁹ 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".

³²⁰ 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".

³²¹ U. Grassi, *Il diritto di superficie come diritto « derogatorio »: questioni in tema di possesso*, in *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 1142-1143.

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 costruzione³²²) 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 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 sviluppatasi 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 suolo³²³; 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 edificio³²⁴ e che un diritto di superficie, estinguibile per prescrizione, possa essere concesso al disopra di un'altra costruzione³²⁵, 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 esistente³²⁶. Può ritenersi che, nel caso di diritto di

³²² 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.*

³²³ Così in *Cass. civ., sez. II, 8 ottobre 1962, n. 2874, MFI, 1962, 812.*

³²⁴ *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".

³²⁵ *Cass. civ., sez. II, 23 luglio 1983, n. 6441, RFI, 1983, Superficie, 2, 3107.*

³²⁶ *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

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 costruzione³²⁷. Se l'ultimo piano è diviso in più appartamenti con diversi titolari, ognuno di essi ha la facoltà di

condominio per le parti comuni ad esso, ha un solo obbligo nei confronti dello stesso e cioè 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, perchè la colonna è il mezzo con cui si esercita la proprietà del lastrico, tramite il diritto di sopraelevazione 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. Nardoza, *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 AA.VV., *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".

³²⁷ 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*.

sopraelevare, il suo diritto estendendosi relativamente alla proiezione verticale della sua proprietà sull'ultimo piano, cioè allo spazio sovrastante l'appartamento³²⁸.

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 umano³²⁹: come tale, rientra fra gli altri modi di acquisto della proprietà stabiliti dalla legge di cui all'articolo 922³³⁰, oppure, come manifestazione ed esecuzione del diritto reale di edificare originariamente costituito, si limita a estenderne la portata alla costruzione eseguita in maniera analoga all'operare del meccanismo dell'accessione immobiliare³³¹.

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 termine³³², esse possono invece decidere sulla gratuità o meno della devoluzione, sull'onere delle spese per il caso di demolizione e

³²⁸ Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2006, n. 4258.

³²⁹ L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 20-21.

³³⁰ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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 AA.VV., *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"; si propone 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".

³³¹ M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 149.

³³² 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.

sull'eventuale diritto del superficiario sui materiali³³³. 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 altrui³³⁴; 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 lato incontra opposizione la possibilità di un'alienazione della proprietà stessa del sottosuolo, in mancanza di costruzioni già realizzate³³⁵. 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.

³³³ Cass. civ., sez. I, 27 febbraio 1980, n. 1369, Rep. giust. civ., 1980, II, 3442.

³³⁴ 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.

³³⁵ 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 AA.VV., *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*, ne *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015*, ne *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.

Infine, l'articolo successivo, con norma non retroattiva³³⁶ secondo un'interpretazione avallata dalla Corte costituzionale³³⁷, esclude la possibilità di costituire o trasferire la proprietà delle piantagioni separatamente dal suolo³³⁸. 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'agricoltura³³⁹. Il termine "piantagioni" si è inteso in dottrina in maniera più o meno ampia, qualcuno comprendendovi ogni coltura vegetale e ipotesi di concessione *ad plantandum*³⁴⁰, altri escludendone quantomeno degli alberi isolati, potendo allora il titolo derogare alla previsione di accessione immobiliare dell'articolo 934 del Codice³⁴¹. 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 1865³⁴² – potendo esso ormai assumere la sola veste di un

³³⁶ 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.

³³⁷ Corte cost., ord. n. 598 del 12/31 maggio 1988.

³³⁸ Cfr. Cass. civ., sez. II, 19 luglio 1973, n. 2122, Il foro it., 1974, I, 1495.

³³⁹ AA.VV., *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 *Rivista di diritto agrario*, 1941, I, pp. 113 ss.

³⁴⁰ 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.

³⁴¹ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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".

³⁴² 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)*, ne *Il foro it.*, 1929, I, cc. 1041 ss.

diritto personale di godimento³⁴³. A differenza delle piantagioni, su cui grava l'esplicito divieto, altre ipotesi tradizionali sono da molti ricondotte al diritto di superficie quale codificato nel 1942: diritto su palco in teatro³⁴⁴, su banco in chiesa³⁴⁵, oltre allo *ius sepulcri*³⁴⁶ e al diritto sulle cappelle private o gentilizie³⁴⁷. 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 superficie³⁴⁸. 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 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

³⁴³ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 520-521.

³⁴⁴ 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 AA.VV., *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.

³⁴⁵ 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 realtà 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 decisamente 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.

³⁴⁶ 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.

³⁴⁷ Cfr. *Cass. civ.*, *ss.uu.*, 7 ottobre 1994, n. 8197; *Cass. civ.*, sez. III, 15 settembre 1997, n. 9190.

³⁴⁸ 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.

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 disagiata o oneroso l'esercizio del diritto, tanto prima quanto dopo l'inizio della costruzione³⁴⁹.

C) Estinzione e ipoteca del diritto di superficie

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 2810³⁵⁰, in materia d'ipoteche anche il 2812 fa riferimento al diritto di 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

³⁴⁹ 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.

³⁵⁰ 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 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.

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 anni³⁵¹. 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, rinunzia³⁵², 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 ammette³⁵³ 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*³⁵⁴.

Capitolo 2) Un istituto di difficile sistematizzazione

Sezione 1: La superficie tra realtà 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 nei modelli 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.

³⁵¹ 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.

³⁵² 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.

³⁵³ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 614-617.

³⁵⁴ 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.

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

E' 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 della presente tesi: 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) Teorie moniste e teorie dualiste del diritto di superficie nel
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 la natura 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 diritto reale sul suolo altrui rispetto a quello di forma di piena proprietà limitata spazialmente al soprassuolo o al sottosuolo. 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 dualiste³⁵⁵ 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

³⁵⁵ 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 AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 610-616.

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 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 immobiliare³⁵⁶, limitata al soprassuolo o al sottosuolo. Planiol, Ripert e Picard definivano il diritto come una proprietà immobiliare, al pari del fondo stesso, e il superficario 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 concede³⁵⁷ – del diritto del superficario, non prescritto dal non uso³⁵⁸, la sua ipotecabilità, l'usucapibilità, l'esclusione di uno stato d'indivisione tra i due proprietari, precludendo radicalmente che uno di essi potesse chiedere giudizialmente una divisione del fondo³⁵⁹. 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 incompleto, 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

³⁵⁶ 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.

³⁵⁷ Sulle limitazioni del diritto del superficario 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.

³⁵⁸ 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.

³⁵⁹ 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.

*superficies*³⁶⁰. Josserand definitiva l'istituto come un diritto di proprietà immobiliare ristretto al solo soprassuolo o ad alcune cose (costruzioni, alberi) sovrastanti lo stesso, 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 limitato³⁶¹. 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 suolo³⁶².

Una tale concezione di mera sovrapposizione di proprietà è mantenuta ferma pure da autori più vicini nel tempo³⁶³, che 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 sottosuolo³⁶⁴. Anche nella manualistica contemporanea si riscontra sovente la posizione che assimila in pieno il

³⁶⁰ A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, III ed., Parigi, 1921, pp. 789-790.

³⁶¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, II ed., Parigi, 1932, pp. 943-945, pp. 1008-1010.

³⁶² 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.

³⁶³ 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 AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e 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 AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103^e 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.

³⁶⁴ 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 superficière, 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".

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 suolo³⁶⁵. Si è ammessa allora in capo al proprietario superficario 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 superficario, sotto forma di diritto reale o personale, le utilità di godimento del suolo essenziali all'esercizio del suo diritto³⁶⁶. 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 monista³⁶⁷, più attenta alla salvaguardia dell'individualismo e dell'unitarietà della proprietà codicistica che a una rispondenza a evidenze logiche e

³⁶⁵ 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 superficario 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 superficario 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.

³⁶⁶ P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, *passim*, in part. pp. 29-30.

³⁶⁷ Per una critica dell'impostazione monista, v. diffusamente C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficario*, 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 superficario. C'est que le droit de superficie ne se résume pas aux liens qui unissent le superficario 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".

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 suolo³⁶⁸. 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 appropriazione³⁶⁹. Si è osservato 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 realtà. 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 realizzazione³⁷⁰: in tale doppia natura, appunto, risiederebbe il dualismo insito nella nozione. In verità, già alcuni autori e certe pronunce giurisprudenziali del XIX secolo argomentavano in favore di una

³⁶⁸ 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.

³⁶⁹ G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in AA.VV., *Etudes 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.

³⁷⁰ 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.

comproprietà³⁷¹ o partecipazione al diritto di proprietà del suolo³⁷² a beneficio del superficiario. Anche in sentenze recenti si riscontrano letture che sembrano presupporre la più moderna teoria dualista³⁷³, pur addentrandosi raramente in 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 costruzioni³⁷⁴, 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 soprassuolo³⁷⁵, 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

³⁷¹ Cfr.: “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”.

³⁷² 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.

³⁷³ V. Cass. 3^e 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 constructions ainsi édifiées”.

³⁷⁴ 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.

³⁷⁵ G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l’objet de la propriété immobilière*, in AA.VV., *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, p. 774, citando peraltro, a sostegno della propria tesi, autori svizzeri e tedeschi.

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 proprie caratteristiche alle servitù e che, al pari di esse, e conseguentemente al proprio ruolo economico-sociale, dovrebbe essere soggetto a prescrizione estintiva, in quanto secondario e accessorio rispetto al diritto di proprietà del suolo³⁷⁶. Altrove, si è proposto di differenziare la natura stessa della superficie a seconda del titolo che vi ha dato luogo³⁷⁷: 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-Castaing³⁷⁸, 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 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

³⁷⁶ 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”.

³⁷⁷ 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.

³⁷⁸ 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.

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”³⁷⁹. 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 dominio³⁸⁰. 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 destinata³⁸¹) 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 superficie³⁸². 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 sottosuolo³⁸³.

Letteralmente, il dettato legislativo in Belgio sembra deporre a favore di una lettura dell’istituto come mero diritto reale sulla cosa di altri³⁸⁴, 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”³⁸⁵, 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

³⁷⁹ 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.

³⁸⁰ 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”.

³⁸¹ *Cass. 1^{re} civ.*, 15 oct. 1956, *Bull. civ. I*, n. 349.

³⁸² F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, pp. 143-145.

³⁸³ V. per es. *Code de la construction et de l’habitation*, art. L251-2, art. 254-1.

³⁸⁴ E in tal senso lo interpretava infatti F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 494-496.

³⁸⁵ 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.

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*³⁸⁶. Secondo tale lettura, il delicato equilibrio 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 rovina o di ricostruzione (o di reimpianto)

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

³⁸⁶ 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 superficiariaire 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 superficiariaire, 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 superficiariaire à construire à son profit. Par ailleurs, le droit de superficie ne s’éteignant pas avec la destruction des bâtiments, ouvrages ou plantations qui « *faisaient l’objet de son droit* », le superficiariaire conserve le droit d’ériger de nouvelles constructions ou encore de replanter”.

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 sussistere³⁸⁷. Da ciò deriva anche l'analisi delle locazioni superficiali 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'ultima³⁸⁸. 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 nudo³⁸⁹ – : 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 titolo³⁹⁰ (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 reali³⁹¹ – si è persino sostenuto in generale il carattere meramente personale (e, quindi, problematicamente fievole) del

³⁸⁷ 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*.

³⁸⁸ 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 du bail superficiaire*, Parigi, 1983, p. 128.

³⁸⁹ Tale ragionamento sembra però astrarre dalla problematica del titolare del diritto di ricostruire in caso di rovina o di demolizione.

³⁹⁰ G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 239.

³⁹¹ 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”.

diritto di superficie fino alla realizzazione delle costruzioni, salvo solo con tale edificazione trasformarsi in un vero e proprio diritto di proprietà³⁹². Al contrario, la tesi che fa del diritto di 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 volumi³⁹³.

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'edificio³⁹⁴. Dalla tesi dualista

³⁹² 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 realtà 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 AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 610-613.

³⁹³ J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976, pp. 222-223.

³⁹⁴ 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 e affermandone, in assenza di convenzione derogatoria, l'acquisto immediato della proprietà delle piantagioni: v. *Cass. 3^e civ., 17 avr. 1996, n. 94-13521*; *Cass. 3^e civ., 24 mars 1999, n. 97-14303*.

dovrebbe conseguire che la prerogativa sia in capo al superficiario³⁹⁵, dalla tesi monista, come tradizionalmente intesa, al proprietario del suolo, a meno che il contrario non 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 edificazione³⁹⁶. 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 aria³⁹⁷. 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.

A) Proprietà superficiaria e proprietà separata nella dottrina italiana

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, accogliendo

³⁹⁵ 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 il cui diritto 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.

³⁹⁶ J. Cumenge, *Imbrication dans l'espace de propriétés privées et publiques*, in *Tunnels et ouvrages souterrains*, 1974, p. 254: alla prospettiva 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*.

³⁹⁷ J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, p. 1765.

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 diffusione³⁹⁸, 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 superficaria 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"³⁹⁹. Qualcuno faceva del diritto di superficie una "limitazione legale" della proprietà del suolo idonea a dar luogo a un autonomo dominio sullo spazio sovrastante il terreno, sia che fosse già stato edificato, sia che fosse ancora vuoto⁴⁰⁰. E' una prospettazione non distante da quella della più consolidata teoria monista in Francia, che ha posto le basi concettuali per lo sviluppo

³⁹⁸ Cfr., per es., O. Faron, *Sur les formes de propriété dissociée à l'époque contemporaine (Milan, XIX^e siècle)*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Roma, 1995, pp. 101 ss.

³⁹⁹ V. Simoncelli, *Accessione superficie e diritti dei terzi*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, II, Roma, 1938, p. 113.

⁴⁰⁰ N. Coviello, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, ne *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 superficario; *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.

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 soprassuolo⁴⁰¹, 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'opera⁴⁰². Proprio da una critica della teoria dell'interpretazione della superficie come servitù, in quanto nelle situazioni in questione sarebbe mancata l'esclusività del servizio, come tra diversi piani di un edificio, vi sono state voci che facevano del fenomeno superficario un rapporto di condominio *pro diviso*, in cui superficie, suolo e sottosuolo concorrevano in un rapporto di reciproca utilità⁴⁰³. Altre opinioni ancora semplicemente riducevano la superficie a una manifestazione del pieno dispiegarsi dell'ampiezza delle prerogative dominicali sull'opera⁴⁰⁴.

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 parti⁴⁰⁵, già individuava un diritto reale a sé stante di superficie sul suolo altrui⁴⁰⁶, dalla dubbia riconducibilità a una servitù,

⁴⁰¹ 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 superficaria quanto quello, implicato dal primo, di una servitù di appoggio sul suolo altrui in favore del superficario 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.

⁴⁰² Cfr. M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, p. 40.

⁴⁰³ A. Butera, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, in AA.VV., *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.

⁴⁰⁴ N. Stolfi, *Diritto civile*, vol. II, parte II, Torino, 1928, p. 542.

⁴⁰⁵ 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.

⁴⁰⁶ Nella prospettiva di un autonomo diritto di superficie, come diritto di tenere o porre una proprietà superficaria sul suolo altrui, v. anche P. Galluzzi, *Saggio di una teoria sul diritto di superficie nel nostro sistema positivo*, ne *Il Filangieri*, 1904, pp. 906-911.

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 oggetto. Per chi, come per noi, il diritto di superficie non è il diritto di proprietà sulla costruzione, considerata separatamente dal suolo, oggetto di tale diritto non può essere la costruzione, ma la potestà di avere la costruzione in proprietà separata"⁴⁰⁷, 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"⁴⁰⁸. 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 448⁴⁰⁹. 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"⁴¹⁰. 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

⁴⁰⁷ 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.

⁴⁰⁸ 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".

⁴⁰⁹ 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.

⁴¹⁰ L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, p. 199.

ne costituiva il titolo e la ragion d'essere⁴¹¹. 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 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 rinuncia al fatto giuridico dell'accessione da parte del proprietario del fondo"⁴¹². 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 obbligazione: 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

⁴¹¹ L. Salis, *La proprietà superficaria*, Padova, 1936, pp. 56-67.

⁴¹² L. Salis, *La proprietà superficaria*, Padova, 1936, pp. 64-66.

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"⁴¹³. 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 futura⁴¹⁴. Infine, al contrario, discostandosi al massimo dal testo positivo, un orientamento suggestivo ma dallo scarso seguito riscontrava nel 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 superficiario⁴¹⁵.

b) Dibattito attuale sulla qualificazione giuridica del diritto di superficie

Con il Codice del 1942, influenzato anche in tema di superficie dalle elaborazioni della dottrina di area germanica e dai codici tedesco e svizzero⁴¹⁶, 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 servitù⁴¹⁷. Nel solco della riflessione di autori come il De Ruggiero e ancor

⁴¹³ L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, pp. 66-67.

⁴¹⁴ G. Segrè, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892, ne Il foro it.*, 1893, I, cc. 1002 ss.

⁴¹⁵ 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, ne Il foro it.*, 1942, I, c. 599, nota 5.

⁴¹⁶ G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1471; G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, p. 555.

⁴¹⁷ 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,

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 recepisce l'idea di un'essenza complessa e composita del diritto di superficie⁴¹⁸, 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 realtà parziaria"⁴¹⁹. 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 diritto⁴²⁰, era stato

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.

⁴¹⁸ 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, modalit  du droit de superficie*, in F. A. Baias, R. Dinc  (a cura di), *Le nouveau Code civil roumain: vu de l'intérieur - vu de l'extérieur*, vol. II, Bucarest, 2015, pp. 473 ss.

⁴¹⁹ A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 95-96.

⁴²⁰ Cfr. G. Giacobbe, M. Nardoza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, p. 82: "Le facolt  che formano il contenuto del diritto di superficie risultano implicitamente determinate dallo scopo che le parti mirano a conseguire con la sua costituzione".

lasciato volutamente in sede di stesura del Codice, in cui si era dedicata 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"⁴²¹.

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 esistenti⁴²². Nella prospettazione da lui fornita dell'istituto di cui al nuovo articolo 952, non rinuncia però alla categoria che aveva precedentemente elaborato della proprietà separata, bensì recupera la stessa in un nuovo quadro terminologico e concettuale: "il termine « superficie » indica sia il diritto di fare e mantenere una costruzione sopra o sotto il suolo, sia la proprietà separata su una

⁴²¹ 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.

⁴²² L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 945.

costruzione già esistente⁴²³; 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"⁴²⁴; 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"⁴²⁵. 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 il diritto di superficie e per la proprietà separata, quest'ultima sopravvivendo alla prima fino allo scadere del proprio termine oppure fino all'evento del perimento dell'opera⁴²⁶. 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 suolo⁴²⁷: le due situazioni giuridiche potranno pertanto in varie configurazioni circolare disgiuntamente. I negozi di costituzione del diritto di superficie e della proprietà separata sono indipendenti, la seconda potendo sorgere sia in conseguenza di un diritto di superficie, quando il titolo escluda la possibilità di

⁴²³ 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".

⁴²⁴ L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, pp. 945-946.

⁴²⁵ L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 947.

⁴²⁶ L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 72.

⁴²⁷ L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 9.

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 superficie⁴²⁸; in questa lettura, si rimette un'ampia discrezionalità alle parti sulla sorte delle costruzioni alla fine del rapporto⁴²⁹. Evidentemente, in tale prospettazione, l'avvenuta edificazione non esaurisce di per sé, salvo patto contrario, il 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

⁴²⁸ L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 29-31, p. 76.

⁴²⁹ 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".

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"⁴³⁰.

Contrapposta alla suddetta posizione, la quale raccoglie l'adesione anche del Messineo⁴³¹, 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"⁴³². 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 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"⁴³³. La facoltà di costruire e quella di mantenere la costruzione sul suolo altrui farebbero pertanto parte di un solo diritto, sicché proprietà superficaria 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

⁴³⁰ L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 30-31.

⁴³¹ F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965, pp. 534-535.

⁴³² G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 463.

⁴³³ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 463, nota (I).

costruire e sotto la rubrica « costituzione del diritto di superficie »⁴³⁴. 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"⁴³⁵.

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'"utilizzo del suolo nel limite in cui essa occorre per costruire e mantenere la costruzione"⁴³⁶. 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"⁴³⁷ 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

⁴³⁴ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 464, nota (I).

⁴³⁵ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 464, nota (I).

⁴³⁶ G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 68.

⁴³⁷ G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 49.

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"⁴³⁸. 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"⁴³⁹. 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'enfiteuta⁴⁴⁰.

Ancora nella trattatistica e saggistica contemporanea permane la stessa molteplicità di punti di vista⁴⁴¹. 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

⁴³⁸ G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 75.

⁴³⁹ 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".

⁴⁴⁰ G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 69-75.

⁴⁴¹ Non assume una posizione definitiva A. Guarneri, *La superficie, artt. 952-956*, Milano, 2007, pp. 34-41.

essere, senza che possa sussistere uno spazio per una proprietà della sola costruzione non legittimata dal titolo superficario sul suolo⁴⁴²; 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 allo spirare del termine del diritto reale⁴⁴³. La proprietà sulla costruzione risulterebbe quindi sempre riconducibile a un'unica categoria di "proprietà superficaria", 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 conclusiva⁴⁴⁴. 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 1° comma, ma anche quella del 2° 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"⁴⁴⁵; "[n]ella ravvisata prospettiva unitaria del potere edificatorio, quale contemporanea espressione del « fare e mantenere », sia che la convenzione ricada nel 1°, sia nel 2° comma dell'art. 952, vi è

⁴⁴² V. G. Pescatore, R. Albano, *Della proprietà*, t. I, in AA.VV., *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.

⁴⁴³ 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'antieriore 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".

⁴⁴⁴ C. Trinichillo, 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.

⁴⁴⁵ A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 303.

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"⁴⁴⁶. 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"⁴⁴⁷, 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, la rovina 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 proprietà sul soprassuolo, 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 originario 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,

⁴⁴⁶ 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 superficie*, in *Giustizia civile*, 1965, I, pp. 488-491.

⁴⁴⁷ M. Bessone, M. Di Paolo, *Superficie (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 1.

bisognerà avere riguardo al titolo originante il diritto di superficie e alla volontà espressa dalle parti ed in esso fissata"⁴⁴⁸.

Nell'opposto orientamento, si offre invece tuttora una lettura tripartita delle figure riscontrabili all'articolo 952 del Codice⁴⁴⁹: diritto di superficie, proprietà superficaria 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 superficie⁴⁵⁰. 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)"⁴⁵¹. 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 costruzione, a suo tempo scissa dal suolo ad opera del precedente proprietario e poi alienata. Il proprietario della costruzione separata dalla proprietà

⁴⁴⁸ 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 superficie, con una rilevanza della distinzione tra proprietà superficaria 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.

⁴⁴⁹ V. A. Riccio, *Il diritto di superficie, la proprietà superficaria e la proprietà separata*, in *Contratto e impresa*, 1998, pp. 428-432; R. Peratoner, *Della superficie*, in AA.VV., *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.

⁴⁵⁰ Per tale ricostruzione, v. G. Giacobbe, M. Nardoza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, pp. 82-83.

⁴⁵¹ F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I: *le categorie generali, le persone, la proprietà*, IV ed., Padova, 2004, p. 522.

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"⁴⁵².

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"⁴⁵³. 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 unitaria⁴⁵⁴ 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.

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.

⁴⁵² F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I: *le categorie generali, le persone, la proprietà*, IV ed., Padova, 2004, p. 544.

⁴⁵³ G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 20.

⁴⁵⁴ Essa 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.

E' 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 1° e dal 2° 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"⁴⁵⁵.

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 *patis* 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"⁴⁵⁶. 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'opera⁴⁵⁷, l'orientamento della Corte di Cassazione è parso di recente consolidarsi verso l'accoglimento della visione tripartita⁴⁵⁸, ammettendo la categoria di una proprietà

⁴⁵⁵ G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 25-26.

⁴⁵⁶ M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 75-76.

⁴⁵⁷ *Cass. civ., sez. II, 13 ottobre 1976, n. 3409, MFI, 1976, 692; Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7300.*

⁴⁵⁸ *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

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 952⁴⁵⁹.

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 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 e che il diritto di superficie possa sorgere prima della realizzazione dell'opera o piantagione, 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

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 sopraelevazione 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)".

⁴⁵⁹ *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.*

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 costruzione⁴⁶⁰. Come si vedrà, è una ricostruzione che sembra soffrire di un 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 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 superficiali; 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 superficiali, evitando le complicazioni e le incertezze di cui l'applicazione del modello monista al *bail à construction* e alle sue

⁴⁶⁰ Cfr. P. Lefèvre, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, p. 53.

evoluzioni più recenti è fonte⁴⁶¹. La teoria monista più agevolmente si adatta però all'altro importante filone di manifestazione contemporanea del diritto di superficie in Francia: la proprietà dei volumi⁴⁶², il cui modello, evolutosi nella prassi degli attori economici, presuppone come carattere indefettibile, per molte delle operazioni contemplate, a partire da 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

⁴⁶¹ 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 ?".

⁴⁶² 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.

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 quanto, complessivamente, ciascuno degli interessati (Tizio, Caio, Sempronio) valuta il proprio diritto"⁴⁶³. 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, spingendolo 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 prezzo⁴⁶⁴. 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

⁴⁶³ U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, pp. 296-297.

⁴⁶⁴ U. Mattei, *La proprietà*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.: i diritti reali*, II, Torino, 2015, p. 297.

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 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. E' 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 della tesi e si cercherà nelle osservazioni conclusive di dare qualche altra risposta. E' 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 nella presente tesi 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 con il suolo a cui l'opera 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 messa in discussione dell'opposizione tra diritti reali e diritti di obbligazione

Vale la pena 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 dedicare alcune pagine a un tale 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 superficiali 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 realtà 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.

a) L'obbligazione passiva universale

Già con la fine del XIX secolo, autori di diritto civile anche di primo piano avevano reputato fragile la descrizione dei diritti reali come tradizionalmente concepita⁴⁶⁵. A essa, non suffragata solidamente peraltro neanche dalla sistematica più pratica che teorica del *Code Civil*, fu opposta la teoria dell'obbligazione passiva universale⁴⁶⁶, 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*⁴⁶⁷, 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 forzata⁴⁶⁸. Planiol passa poi in rassegna la definizione corrente di diritto reale, come situazione in cui una cosa è soggetta al potere di una persona in virtù 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 diritto⁴⁶⁹. Tale

⁴⁶⁵ E. Roguin, *La règle de droit*, Losanna, 1889, pp. 207 ss.

⁴⁶⁶ H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse Paris, 1900.

⁴⁶⁷ H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse Paris, 1900, pp. 44-45.

⁴⁶⁸ 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.

⁴⁶⁹ Tra tutti, v. in questo senso le definizioni di 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.,

nozione, la cui diffusione sarebbe stata favorita dalla sua semplicità e intuitività, senza nocimento per i bisogni della pratica, 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 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 legge⁴⁷⁰.

Sarebbe stata proprio l'indeterminatezza a priori del soggetto passivo a rendere lo stesso evanescente fino alla scomparsa di fronte agli occhi degli studiosi, non lasciando in vista che il soggetto attivo e la cosa, da essi associati in un rapporto diretto. Alla distinzione frutto di questa percezione da lui ritenuta erronea, Planiol oppone allora la diversa classificazione in diritti assoluti e relativi: i primi,

Parigi, 1870, p. 339: “Le droit réel est celui qui crée entre la personne et la chose, une relation directe et immédiate ; de telle sorte qu'on n'y trouve que deux éléments, savoir : la personne, qui est le sujet actif du droit, et la chose, qui en est l'objet”; 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. 72: “Les droits réels sont ceux qui, créant un rapport immédiate et direct entre une chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise, d'une manière plus ou moins complète, sont par cela même susceptibles d'être exercés, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous”; peraltro, l'opponibilità *erga omnes*, poco valorizzata dalla manualistica dell'epoca, risultava già contenuta nella definizione di Aubry e Rau, che in questo apriva la strada alla prospettazione di una figura di obbligazione passiva universale: M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, IV ed., Parigi, 1906, p. 676. Per un quadro descrittivo delle definizioni di diritto reale date dai principali autori francesi del XIX secolo, cfr. H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse Paris, 1900, pp. 68 ss.

⁴⁷⁰ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, IV ed., Parigi, 1906, pp. 676-677; H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse Paris, 1900, pp. 258-260; 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”; v. anche sul tema, recentemente, V. Forti, *La titrisation des créances en droit comparé: contribution à l'étude de la propriété*, Clermont-Ferrand, 2012, pp. 437-438.

caratterizzabili come obbligazioni universali sancite dalla legge⁴⁷¹ 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*⁴⁷². L'obbligazione passiva universale non s'identifica, naturalmente, con l'obbligo di riparazione che sorge in capo a un soggetto determinato in conseguenza della sua effettiva lesione del diritto assoluto di un terzo, in quanto questa obbligazione, di contenuto positivo, presuppone il precedente esistere dell'obbligazione negativa, di carattere non patrimoniale e con destinatari indeterminati, di cui la seconda obbligazione non è che la sanzione⁴⁷³. Nell'ottica della nuova teoria, può affermarsi una priorità logica dei diritti assoluti sui diritti relativi, che avrebbero in definitiva per oggetto l'utilizzo o il trasferimento dei primi: pertanto, l'insieme di tutti i diritti assoluti, consacrati dal legislatore, formerebbe la base e la *conditio sine qua non* per il successivo costituirsi di rapporti particolari d'obbligazione⁴⁷⁴. 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).

⁴⁷¹ 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".

⁴⁷² 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 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.

⁴⁷³ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 6-8.

⁴⁷⁴ E. Roguin, *La règle de droit*, Losanna, 1889, pp. 213-214, pp. 216-217.

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 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 diritti⁴⁷⁵. Dall'accoglimento dell'analisi del diritto reale sotto forma di obbligazione 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 crediti⁴⁷⁶. Peraltro, critiche alla tradizionale 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 patrimoni⁴⁷⁷.

b) Le obiezioni di Ginossar all'impostazione tradizionale dei diritti reali

Le nuove impostazioni dei diritti reali si trovavano ad affrontare una decisa levata di scudi da parte della dottrina maggioritaria⁴⁷⁸, che da un lato affermava il carattere primordiale, dato e intangibile, della distinzione dei diritti in reali e personali⁴⁷⁹,

⁴⁷⁵ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé: essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Parigi, 1911, pp. 440 ss.

⁴⁷⁶ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé: essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Parigi, 1911, p. 438 ss.

⁴⁷⁷ V. R. Saleilles, *L'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, III ed., Parigi, 1914, p. 74.

⁴⁷⁸ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, II ed., Parigi, 1932, pp. 694-695.

⁴⁷⁹ 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,

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 tradizionale⁴⁸⁰. 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, incapaci di spiegare adeguatamente tanto il meccanismo dello sdoppiarsi del diritto di credito, concepito come relativo, in un'ulteriore obbligazione passiva universale, quanto la ricorrenza tra le regole dei diritti reali minori di più specifiche obbligazioni, talvolta anche di prestazioni attive, da parte del proprietario della cosa, oltre all'obbligazione passiva universale, quanto ancora la presenza e l'anomala modalità di trasmissione di figure di confine come le obbligazioni *propter rem*⁴⁸¹.

Anche attributi della realtà che erano parsi pacifici risultavano a un'analisi più approfondita, secondo l'Autore, assai sfumati. Così è per il diritto di sequela, che persino nel caso della proprietà è minato in tema di mobili dalla portata del principio “possession vaut titre”, mentre il diritto di preferenza è intimamente legato alla parallela sussistenza di un diritto di credito a cui conferire una qualità superiore ad altri crediti; anzi, proprio la difficoltà di spiegare l'essenza del diritto reale senza ricorrere, attraverso questi due attributi, alla categoria della sua opponibilità ai terzi (e, quindi, del rapporto del titolare del diritto con tali terzi) avrebbe aperto la strada alla teoria dell'obbligazione passiva universale, a sua volta poco efficace nel caratterizzare la specificità del diritto reale assimilandolo agli altri diritti assoluti, una volta ricondotto lo stesso a un diritto personale⁴⁸². Inoltre, ad approfondire l'analisi, si manifestava il permanere di un limbo di figure anomale e sincretiche, con sfumature di realtà e di personalità, talmente vasto da includere variamente molti dei principali istituti tradizionalmente ricondotti a un lato o all'altro della bipartizione: si

l'obbligo di non interferenza nell'altrui diritto reale non essendo che un “ordre édicté par le droit positif, rien de plus” (p. 739).

⁴⁸⁰ 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.

⁴⁸¹ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 16-18.

⁴⁸² S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 1 ss.

pensi all'usufrutto, all'enfiteusi, alla servitù prediale, all'ipoteca, da una parte, e alla locazione, dall'altra⁴⁸³.

Le riflessioni di Ginossar davano luogo all'edificazione di un nuovo sistema, che l'Autore fondava su una riscoperta del diritto romano, al posto di 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 relativi⁴⁸⁴. 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, quanto quelli reali, quanto pure figure miste e di confine, tutti accomunati dalla compresenza sia di un'obbligazione passiva universale⁴⁸⁵, nei confronti della totalità dei consociati, di non ostacolare il

⁴⁸³ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 15-16.

⁴⁸⁴ 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, *A 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".

⁴⁸⁵ 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. Già anticipava in qualche modo la riflessione dell'estensione ai diritti personali di un'obbligazione passiva universale, senza però attribuirvi molta attenzione, 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. 340: "Lors donc que nous disons que le droit personnel ne peut naître que d'une obligation personnelle, il ne s'agit pas, bien entendu, de cette obligation universelle, en quelque

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 diritto⁴⁸⁶. 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 (corporeale o incorporeale) 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 grava⁴⁸⁷. Infine, l'Autore riaffermava il principio del numero chiuso e del carattere eccezionale dei diritti reali, derivante 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 di cautele volte a renderne nota l'esistenza all'acquirente (obbligo di dichiarazione dell'alienante, meccanismi di pubblicità immobiliare, ecc.)⁴⁸⁸.

sorte négative, et je dirais presque banale, par laquelle tous les membres de l'Etat sont tenus de ne pas attenter aux droits d'autrui”.

⁴⁸⁶ 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”.

⁴⁸⁷ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 124 ss.; a questa differenza essenziale l'Autore riconduce ulteriori differenze nell'atteggiarsi usuale dei due tipi di diritti: in particolare, il principio per cui chi è obbligato realmente risponde della propria obbligazione unicamente sul bene gravato, i principi del diritto di sequela e del diritto di preferenza attribuito al titolare del diritto reale (di garanzia) sugli altri creditori e infine il principio di anteriorità nell'ordine di priorità tra i diritti reali su uno stesso bene.

⁴⁸⁸ 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

c) La riaffermazione della distinzione da parte della dottrina maggioritaria

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 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 sistema⁴⁸⁹.

Ancora oggi, sussiste un filone di dottrina che, sviluppando l’opinione di Ginossar⁴⁹⁰, ne ha esplorato le conseguenze, in particolare in tema di estensione di categorie come

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”.

⁴⁸⁹ 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.

⁴⁹⁰ 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 sviluppato 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

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 proposte⁴⁹¹. 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, pur da chi finisce comunque per accettare alcune conseguenze del nuovo sistema⁴⁹². 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 cosa⁴⁹³. L'impostazione di Planiol è ai nostri giorni diffusamente rigettata, criticata come esasperazione

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 prédielle”.

⁴⁹¹ 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.

⁴⁹² V. C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 21: “En fin de compte, on peut définir le droit réel comme constituant une prérogative qui concerne une chose corporelle, soit d'une façon directe et immédiate, comme dans la propriété, soit par l'établissement d'un rapport entre deux patrimoines, comme dans les autres droits réels, lesquels ne se confondent pas pour autant avec les droits personnels en raison de ce que, d'une part, l'obligation dont ils sont la contrepartie est une obligation réelle dont le régime juridique n'est pas le même que celui de l'obligation personnelle et, d'autre part, le droit réel lui-même n'est pas soumis au même régime juridique que le droit personnel en ce qu'il n'attribue pas à son titulaire de droit de gage général sur le patrimoine du débiteur de l'obligation réelle”. Nella dottrina italiana, cfr. 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”.

⁴⁹³ Cfr. F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 62: “Il peut exister de 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”.

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 Stato⁴⁹⁴. Voci in dottrina fanno notare come l'obbligazione passiva universale valga per tutti i diritti e altro non sia che il generico dovere dei consociati di rispettare le leggi della loro società, piuttosto che una vera e propria obbligazione⁴⁹⁵, oltre all'osservazione che essa definisce il diritto reale a partire dalla situazione conseguente alla sua violazione, quindi anormale e patologica⁴⁹⁶. Alcuni autori, pur mantenendo come indirizzo di massima la teoria tradizionale, riconoscono però lo sfumarsi e il farsi più labile e relativo⁴⁹⁷ della frontiera tra le due categorie, in presenza di un'evoluzione del modello di produzione in cui i crediti circolano velocemente e in gran misura sotto forma di valori mobiliari dematerializzati, mentre le imprese operano prevalentemente sotto forma societaria, conferendo agli associati diritti non pienamente riconducibili né all'una, né all'altra specie⁴⁹⁸; ancora, si riconosce come i diritti sulle creazioni intellettuali, d'importanza ormai enorme nella società post-industriale, restino estranei alla tradizionale classificazione⁴⁹⁹. Scoperto 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 posata⁵⁰⁰.

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

⁴⁹⁴ 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 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".

⁴⁹⁵ C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 13.

⁴⁹⁶ P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 115.

⁴⁹⁷ 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.

⁴⁹⁸ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 63.

⁴⁹⁹ 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.

⁵⁰⁰ Cfr. G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil: introduction générale à l'étude du droit*, t. I, II ed., Parigi, 1972, p. 485.

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 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 immobile⁵⁰¹, e sebbene fosse in ogni caso esclusa, *de iure condito*, dagli autori di entrambe le tendenze l'ipotecabilità del diritto⁵⁰², 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 sposi 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 alienante⁵⁰³. Vari di questi interessi sono poi nel corso del tempo sfumati,

⁵⁰¹ 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. 3^e civ.*, 3 févr. 2010, n. 09-11389; *Cass. 2^e civ.*, 6 juin 2013, n. 12-19116.

⁵⁰² 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.

⁵⁰³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel* 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 autres droits qui participent de cette double nature, une charge qui démembré et qui appauvrit : il est une charge qui féconde ; il est

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, soppresse⁵⁰⁴.

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 proprietario⁵⁰⁵. L'articolo 1743 del Codice civile 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'acquirente, già alcuni tra i primi commentatori avevano argomentato nel senso di una natura reale⁵⁰⁶, con qualche riscontro nella

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.

⁵⁰⁴ 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.

⁵⁰⁵ 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 al conduttore un'ipoteca: L. Périer, *De la règle « louage passe vente »*, thèse Montpellier, 1900, pp. 39 ss.

⁵⁰⁶ 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,

giurisprudenza di merito⁵⁰⁷. 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 giorni⁵⁰⁸, incrociandosi anche con le critiche rivolte alla teoria dei diritti reali nel suo complesso⁵⁰⁹; in particolare, l'impostazione di Ginossar ben si concilia con le obbligazioni attive poste in capo al

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.

⁵⁰⁷ *App. Paris*, 18 janv. 1808, S., 1808, II, 348; *Cour roy. Dijon*, 21 avr. 1827, S., 1827, II, 356; ma anche, nei decenni successivi, per es. *Cour imp. Rouen*, 30 juill. 1855, D., 1857, II, 33; *Cour imp. Chambéry*, 2^e 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.

⁵⁰⁸ M. de Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *RTD civ.*, 1905, p. 456; giunge alla conclusione della realtà, 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 AA.VV., *Le Code civil 1804-2004: le livre du bicentenaire*, 2004, Parigi, pp. 366-368.

⁵⁰⁹ Nel quadro del dibattito sul valore della distinzione dei diritti in reali e 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.

locatore, qualificando le stesse come reali⁵¹⁰. 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 realtà, consacrando la tendenza a una maggiore solidità del diritto del conduttore⁵¹¹.

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 impegnabile con le modalità del *nantissement*⁵¹²) 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 fondiaria⁵¹³ (quando

⁵¹⁰ Pur ponendo l'Autore stesso anche alcune riserve sulla teoria della realtà del diritto del conduttore: S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 176-179.

⁵¹¹ 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.

⁵¹² *Cass. req.*, 6 mars 1861, *D.*, 1861, I, 417.

⁵¹³ 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, deponavano in senso contrario a una presa in considerazione da parte del legislatore delle locazioni immobiliari a lungo termine come tali

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 proroga⁵¹⁴. La giurisprudenza ha poi accentuato la portata delle regole di favore per il conduttore presenti nel codice⁵¹⁵, per esempio derogando alla necessità di data certa per l'applicazione dell'articolo 1743⁵¹⁶ e alla necessità di trascrizione⁵¹⁷ 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, disposizioni quali il diritto del conduttore al rinnovo del

da conferire un diritto reale: cfr. L. Périer, *De la règle « louage passe vente »*, thèse Montpellier, 1900, p. 163.

⁵¹⁴ *Cass. Req.*, 6 juin 1887, D., 1888, I, 216.

⁵¹⁵ Tra l'altro, già nel XIX secolo, secondo C. Beroujon, *Entre droits réels et personnels: la concurrence des prérogatives sur l'immeuble urbain au XIX^e siècle*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e 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 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".

⁵¹⁶ V., tra l'altro, *Cass. soc.*, 11 juill. 1949, JCP, 1949, II, 5120; *Cass. civ.*, 15 juill. 1953, D., 1953, I, 729; *Cass. 3^e civ.*, 20 juill. 1989, n. 88-13413; *Cass. 3^e civ.*, 11 févr. 2004, n. 02-12.762; *Cass. 3^e civ.*, 23 mars 2011, n. 10-10804; *contra*, *Cass. 2^e 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.

⁵¹⁷ *Cass. req.*, 28 juin 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, II, 612.

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 proprietario⁵¹⁸. 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 prezzo⁵¹⁹, 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'immobile⁵²⁰: 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

⁵¹⁸ 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 droits de créance*, thèse Toulouse, 1951, pp. 31 ss.

⁵¹⁹ 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.

⁵²⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4: *les obligations*, XXI ed., Parigi, 1998, pp. 285-286.

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 già con il termine allude esplicitamente alla sfera della realtà, 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 personali⁵²¹; 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 conferito⁵²², 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, realtà e personalità si sovrappongono e s’intrecciano nel quadro di equilibri contrattuali complessi. Pertanto, per gli effetti che riguardano il diritto delle persone e della famiglia, l’ordinamento francese tende sempre più a trattare i contratti di

⁵²¹ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d’un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960, pp. 177-178.

⁵²² Sfumando, fino a rasentare 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-proprétaire 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.

locazione come atti di disposizione⁵²³. La manualistica contemporanea anche quando non include nel novero dei diritti reali le locazioni immobiliari⁵²⁴ – 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”⁵²⁵, ben lontana 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 francese⁵²⁶, 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 comune⁵²⁷ – è stata sottoposta a critiche puntuali⁵²⁸ e si è sostenuta la tesi di una sua "realizzazione", al pari delle situazioni

⁵²³ G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 285.

⁵²⁴ 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, sulla problematicità della qualificazione in termini reali di tali figure di confine, v. E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, n. 4, pp. 1083-1084.

⁵²⁵ 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 utile e di un dominio eminente 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.

⁵²⁶ 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.

⁵²⁷ 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-conduzione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1972, pp. 126 ss.

⁵²⁸ 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 artificialmente, 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

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"⁵²⁹. Anche nel nostro diritto, la situazione del conduttore sarebbe allora provvista di un'amplissima tutela, comprensiva di un diritto di sequela⁵³⁰, fino a un definitivo superamento 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 locatario⁵³¹. Altre voci, più prudenti, senza

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.

⁵²⁹ 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, *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010, p. 49.

⁵³⁰ 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 2°, c. c., in possessorio ed in petitorio nei confronti dei terzi per molestie di fatto *ex art.* 1585, comma 2°, c. c., e per il risarcimento danni *ex art.* 2043 ss. 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.

⁵³¹ 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.

negare lo sviluppo in corso verso l'attribuzione di una natura reale al diritto del conduttore, non hanno ritenuto tale processo ancora concluso⁵³².

C) Realtà 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 valore 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 Alpi⁵³³. Il contratto di locazione di beni immobili è proprio una di quelle figure che rendono mobile e sfumato il confine tra realtà 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 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 della tesi, 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

⁵³² Cfr. G. Pugliese, *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 773.

⁵³³ Cfr. per es., nella dottrina italiana, C. A. Funaioli, *Intorno al concetto di realtà 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, *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.

trarre qualche considerazione d'insieme, che possa maggiormente chiarificare il nome stesso attribuito alla presente sezione della tesi.

Il diritto di superficie nasce nella sfera dei diritti personali, salvo con il tempo ascendere a quella della realtà 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 utilizzazioni, dalle sentenze che nel XIX secolo facevano salve le scomposizioni del diritto di proprietà usualmente praticate, alle locazioni superficiali, 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 realtà 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 coinvolte⁵³⁴. 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 superficiali. 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 la realizzazione 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 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

⁵³⁴ Cfr. gli spunti in T. Lamarche, *L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications*, in *RTD civ.*, 2006, pp. 1 ss.

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 della tesi.

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 termini 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 superficie⁵³⁵. In dottrina e in giurisprudenza si è peraltro sostenuta la riqualificazione in contratto obbligatorio atipico o sorta di locazione o comodato anomalo della convenzione⁵³⁶, 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 termine⁵³⁷. Si può osservare come tale prospettazione riduca sensibilmente

⁵³⁵ 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.

⁵³⁶ *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*.

⁵³⁷ 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:

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'attenzione 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 addizioni⁵³⁸. Ancora, altra giurisprudenza ha messo in risalto, ai fini della qualificazione del diritto contrattualmente conferito, la presenza o meno d'indici vari di realtà dello stesso⁵³⁹. 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

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.

⁵³⁸ *App. Firenze, 2 marzo 1962, RGE, 1962, I, 888*; G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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.

⁵³⁹ *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 l'acquisizione delle opere in 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 superficaria, 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".

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 [risultati] esclusa la ricorrenza dell'ipotesi tipica della concessione *ad aedificandum* con effetti reali"⁵⁴⁰, 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 senso⁵⁴¹. 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 edificate⁵⁴².

Sezione 2: La superficie alla prova delle proposte 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. E' in corso di elaborazione un progetto di riforma del diritto dei beni anche in Belgio⁵⁴³ e sarà interessante nei prossimi anni esaminarne l'eventuale nuovo indirizzo in materia di diritto di superficie, rispetto alle proposte francesi, e l'accoglienza che il legislatore belga sceglierà di riservarvi.

⁵⁴⁰ Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1998, n. 1392.

⁵⁴¹ Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7300.

⁵⁴² L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, pp. 32-33.

⁵⁴³ V. il sito internet istituzionale <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

A) La messa in discussione di una categoria unitaria di superficie

Le proposte di riforma del diritto dei beni in Francia inciderebbero significativamente, se adottate, sulla materia del diritto di superficie, arrivando a metterne persino in discussione l'esistenza come categoria concettualmente unitaria, quantomeno nella sua attuale estensione. Ciò può spiegarsi sulla base dell'eterogeneità e della residualità dei fenomeni che in tale modello giuridico hanno trovato posto sotto l'ombrello di una nozione ampia e flessibile.

a) La variegata natura giuridica di fenomeni generalmente ricondotti al diritto di superficie in Francia

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 scomposizione 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 nozione: 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 parcellizzata ha trovato sbocco 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 – approdando 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.

b) Segue: lo scorporamento di tali fenomeni secondo il titolo costitutivo

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 maturi 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*⁵⁴⁴, 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 di chiusura dell'ordinamento 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 immobiliare⁵⁴⁵, recependo la possibilità che un fondo possa essere oggetto di una divisione volta a conferire a un

⁵⁴⁴ 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'Associazione 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.

⁵⁴⁵ V. art. 562 dell'articolato del progetto.

terzo la proprietà di una parte di esso, situata al disopra o al disotto di un limite convenzionalmente fissato. La proprietà superficiaria⁵⁴⁶ 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 volumi⁵⁴⁷. Sostanzialmente, il progetto di riforma del diritto dei beni recepisce la superficie come forma di proprietà, aderendo quindi all'impostazione 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 ultime situazioni si è adottato nel progetto un diverso inquadramento⁵⁴⁸, 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

⁵⁴⁶ Si noti in Francia questo utilizzo del termine di *propriété superficiare*, 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.

⁵⁴⁷ 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”.

⁵⁴⁸ 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.

del contratto, la proprietà delle costruzioni o piantagioni o installazioni di cui essi consentono la realizzazione⁵⁴⁹. 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'accessione⁵⁵⁰; in effetti, proprio la scelta di cogliere 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 la trattazione delle situazioni. E' 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 inquadrare 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 inquadrare 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

⁵⁴⁹ 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.

⁵⁵⁰ 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.

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 teoria degli "smembramenti" della proprietà e le relative obiezioni

Respinta e superata in generale la nozione del doppio dominio, che per secoli aveva improntato il sistema delle regole di appartenenza, la teoria ripresa e sviluppata dalla dottrina francese nel corso del XIX secolo, adattata al sistema codicistico⁵⁵¹ e volta a inquadrare nello stesso i diritti reali sulla cosa altrui sopravvissuti nel *Code*, s'incentrava, "pudicamente"⁵⁵², sull'idea dell'esistenza di una serie predefinita di smembramenti di una o più prerogative della proprietà, ogni smembramento corrispondente a uno dei diversi diritti reali minori sulla cosa altrui; da tale novero erano perlopiù⁵⁵³ esclusi i diritti reali accessori, ovvero di garanzia. L'idea fondamentale consisteva nella possibilità di smembrare, ovvero distaccare, dal diritto di proprietà l'uno o l'altro dei suoi attributi dello *ius fruendi* e *ius utendi* – sempre mantenendo in capo al domino la prerogativa di disporre della cosa – o comunque di smembrare una qualche specifica prerogativa⁵⁵⁴, dando luogo rispettivamente, secondo la classificazione di Josserand, da un lato ai diritti reali di godimento (usufrutto, enfiteusi, concessione di una miniera o di una sepoltura) e di uso (come i diritti di uso e abitazione), dall'altro alle servitù⁵⁵⁵; la superficie, forma di proprietà parziaria, non rientrava, in questa prospettiva, tra gli smembramenti della proprietà, essendone piuttosto una divisione spaziale. È evidente lo stretto legame che si forma,

⁵⁵¹ Sulla genesi della teoria degli smembramenti, assai anteriore alla codificazione, v. F. Zenati-Castaing, *La nature juridique de la propriété: contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981, pp. 293 ss.

⁵⁵² A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 47.

⁵⁵³ Ma non uniformemente: v. M. de Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *RTD civ.*, 1905, p. 487; sulla questione, cfr. Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, Parigi, 2016, pp. 38 ss.

⁵⁵⁴ 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. 4-6.

⁵⁵⁵ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, II ed., Parigi, 1932, pp. 958-959.

in tale concezione, tra la teoria degli smembramenti e il principio di un *numerus clausus* dei diritti reali. Il diritto di proprietà è allora concepito, nella sua pienezza, come una sommatoria predefinita di attributi⁵⁵⁶: in particolare, facendo seguito alle categorie enucleate dai romanisti, degli elementi di *usus*, *fructus* e *abusus*⁵⁵⁷. La proprietà, scomponibile nei suoi elementi costitutivi, e questi elementi, tra loro complementari, parteciperebbero di una stessa natura, tale da ricondurre l'una e gli altri alla più generale categoria dei diritti reali: opponibili a tutti, a condizione che si siano rispettate le regole di pubblicità fondiaria, corredati di un diritto di preferenza e di un diritto di sequela, inoltre cedibili e suscettibili d'ipoteca, acquisibili per usucapione⁵⁵⁸. Già in tempi non recenti questa impostazione è stata sottoposta a critiche che ne hanno evidenziato le fragilità. Si è a tal proposito osservato il carattere nuovo del diritto reale costituito, altro e non una filiazione o frammento della situazione giuridica del proprietario, che non cede o trasmette nulla del proprio diritto, limitandosi a sacrificare le prerogative che facciano ostacolo al venire in essere del nuovo diritto, lasciando un vuoto a favore di esso, senza però uno scomporsi del *dominium* in dei presunti elementi costitutivi originari e, così, un suo denaturarsi: la proprietà resterebbe allora il diritto di trarre dalla cosa tutti i servizi che ne possono essere tratti, con le specifiche eccezioni dovute all'esistenza del diritto costituito a favore di un terzo, che a sua volta, quando anche formato di elementi propri anche della proprietà, li ricomponi in maniera originale in una nuova figura⁵⁵⁹. Tali critiche s'inquadrano in generale nell'offensiva, che già si è osservata,

⁵⁵⁶ Cfr. 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: "Les droits réels n'étant pas autre chose qu'une partie concédée à un tiers des droits dont la réunion forme la propriété parfaite, il est évident que ces droits peuvent se rapporter au droit de propriété, dont ils ne sont qu'un démembrement".

⁵⁵⁷ G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, pp. 46 ss.

⁵⁵⁸ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 697.

⁵⁵⁹ M. de Vareilles-Sommières, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *RTD civ.*, 1905, pp. 487 ss.; a sostegno della propria tesi, l'Autore (p. 491) fa l'esempio di una servitù di passaggio, in cui il costituente non trasmette nulla al titolare della servitù, in quanto conserva il diritto di passare dove può passare anche quest'ultimo e il diritto che perde, quello di chiudere il passaggio o costruire o coltivare lo spazio che vi è destinato, non passa affatto al titolare della servitù; anche nel caso dell'usufrutto, può dubitarsi di una piena corrispondenza tra le prerogative perdute dal proprietario e quelle acquisite dall'usufruttuario; tanto più non vi è questa corrispondenza per una servitù *non aedificandi*. Per un'analisi generale in chiave comparatistica delle due impostazioni in tema di rapporto tra proprietà e diritti reali minori, v. S. Van Erp, *Comparative Property Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, New York, 2006, p. 1056: "A legal system may look upon a limited real right as a *démembrement* of ownership. Certain ownership

mossa da una parte della dottrina contro l'impostazione tradizionale dei diritti reali, così da fare della sola proprietà un diritto assoluto, unitariamente concepito, esterno al novero dei diritti reali, di cui non condividerebbe la natura giuridica.

La nozione di smembramenti della proprietà con riferimento ai diritti reali principali, peraltro non ignota al dibattito italiano⁵⁶⁰, è tuttora adottata e predominante nella manualistica francese⁵⁶¹, anche nella cornice delle proposte di riforma del diritto dei beni d'oltralpe⁵⁶², senza che siano venute meno voci a difendere l'incommensurabilità della situazione giuridica dominicale, diritto soggettivo aderente alla persona, traduzione dell'idea stessa di esclusività e in quanto tale non passibile di appropriazione, con quella dei diritti reali, beni incorporali passibili essi stessi di appropriazione⁵⁶³. Tale lettura ammette quindi che il proprietario possa trasmettere a una determinata persona non frammenti della propria situazione giuridica, bensì il beneficio di utilità a lui ordinariamente destinate, rinunciando a esercitare su di esse

rights are given to the person with the limited real right, such as a mortgagee. The very moment the limited real right vanishes, the owner regains his full position. This is the 'elastic' concept of ownership. A limited real right restricts the right of ownership 'from the inside'. The limited real right plus what remains of the ownership right amount to full ownership. On the other hand, a legal system may consider a limited real right as entailing limited powers, as compared to ownership, without, however, carving away any rights from the owner. Ownership and limited real rights are then seen as strictly separate rights. According to this approach the owner accepts that certain of his ownership rights can no longer be used, to the extent, and for the period, that a limited real right has been created. The right of ownership and limited real rights then cumulate 'externally'".

⁵⁶⁰ C. A. Funaioli, *Intorno al concetto di realtà e ai diritti di godimento su cosa altrui*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, p. 253, fa riferimento alla "sorpasata concezione dei singoli *iura in re aliena*, e in specie dell'usufrutto, come parti od elementi del dominio inteso qual somma di poteri giuridici positivamente determinati anziché unità. Oggi invece si preferisce nettamente vedere nel diritto reale più o meno ampio la spettanza di utilità di volta in volta diverse sulla cosa"; fa riferimento alle signorie reali come limitazioni e non frazioni del diritto di proprietà L. Barassi, *I diritti reali limitati: in particolare, l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, pp. 40-41; D. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, nuova ed. a cura di A. Liserre e G. Floridia, Torino, 1988, p. 448; M. Bianca, *Diritto civile, VI: la proprietà*, Milano, 1999, p. 587: "La creazione di un diritto di usufrutto non dà luogo ad una cessione parziale della proprietà, ma alla costituzione derivativa di un nuovo diritto di godimento, che comprime il diritto di proprietà"; P. Vitucci, *Utilità e interesse nelle servitù prediali: la costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974, pp. 70-71: "si può quindi utilmente far a meno di riesumare le vecchie controversie di ordine concettuale, se il diritto *in re aliena* costituisca una frazione, un *démembrement*, ovvero una limitazione della proprietà".

⁵⁶¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, p. 68; C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, pp. 22-23; tale impostazione è evidente già dal titolo per 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; per una posizione dialogante, nel quadro del dibattito sull'opportunità dell'utilizzo della categoria degli smembramenti, v. 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. 697-698.

⁵⁶² F. Mezzanotte, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015, p. 69.

⁵⁶³ F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, pp. 259-260.

il proprio potere esclusivo, perlopiù attraverso l'adozione di un comportamento negativo di non ostacolo all'utilizzo delle utilità accordate al beneficiario⁵⁶⁴. Altri autori hanno recepito parzialmente queste critiche, mantenendo l'idea degli smembramenti della proprietà come scomposizione e varia attribuzione delle diverse utilità che un bene può soddisfare, ma liberandosi della teoria tradizionale che suddivide la proprietà nel trittico di *usus*, *fructus* e *abusus*, in quanto inadeguata alla descrizione del contenuto dell'istituto dominicale nella complessità e molteplicità delle relative prerogative⁵⁶⁵.

b) La problematica del numero chiuso o aperto del novero dei diritti reali

L'idea di un *numerus clausus* dei diritti reali⁵⁶⁶ ben s'inserisce, quantomeno per quanto riguarda i diritti reali principali, nella concezione descritta appena sopra, legandosi strettamente a essa, pur non essendone una conseguenza diretta e necessaria⁵⁶⁷. Il principio di libertà contrattuale, a sua volta paradossalmente di un'importanza politica dirompente nell'impianto della codificazione napoleonica⁵⁶⁸, 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

⁵⁶⁴ F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, pp. 454-455.

⁵⁶⁵ W. Dross, *Droit des biens*, II ed., Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 106.

⁵⁶⁶ 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.

⁵⁶⁷ Anzi, sin dai primi anni di vigenza del Codice una parte della dottrina si orientava all'opposto, ritenendo lecito quanto non sia vietato, nell'assenza di una specifica indicazione testuale, e quindi, nell'assolutezza dei poteri di disposizione del proprietario, possibile ogni smembramento da questi desiderato: v. 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.

⁵⁶⁸ A. Colin, H. Capitain, *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.

dai codificatori. Essi stessi, per quanto desumibile dai lavori preparatori, sembravano propendere per limitare quanto più possibile il novero dei diritti reali⁵⁶⁹, testimoniando di tale 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)⁵⁷⁰. 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*⁵⁷¹.

Gli autori, peraltro mai unanimi nell'aderire alla teoria qui riassunta⁵⁷², 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

⁵⁶⁹ 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 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".

⁵⁷⁰ 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".

⁵⁷¹ 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.

⁵⁷² 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.

enfiteusi, accolta dalla giurisprudenza con ben maggiore facilità. 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 contemporanea⁵⁷³ – 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 legislatore⁵⁷⁴, a partire dalla situazione del comproprietario in un condominio di edificio⁵⁷⁵ – 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 dominio⁵⁷⁶ talmente incisive da svuotare lo stesso di ogni contenuto pratico. A fronte delle limitazioni del sistema francese di pubblicità⁵⁷⁷, 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 *omnibus*, adatti a recuperare alle regole della pubblicità fondiaria, tendenzialmente improntate alla tipicità⁵⁷⁸, figure sostanzialmente atipiche concordate tra le parti, imponendosi sotto tali qualificazioni ai funzionari dei servizi incaricati

⁵⁷³ 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 accessori, 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 *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 solo limite del rispetto dei principi di ordine pubblico, Ch. Gijssbers, *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.

⁵⁷⁴ 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.

⁵⁷⁵ G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, pp. 189-190.

⁵⁷⁶ 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. 3^e 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".

⁵⁷⁷ 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 decisione giudiziaria che comporti mutazione o costituzione di diritti reali immobiliari (*décret* n. 55-22 del 4 gennaio 1955, art. 28, 1°, a).

⁵⁷⁸ P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 112.

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 mobili⁵⁷⁹.

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'implicito 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 Caquelard⁵⁸⁰, 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 giurisprudenza⁵⁸¹, fino a tempi recenti⁵⁸², 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 beni⁵⁸³. 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

⁵⁷⁹ D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, p. 424.

⁵⁸⁰ *Cass. req.*, 13 févr. 1834, S., 1834, I, 205.

⁵⁸¹ *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.

⁵⁸² *Cass. 3^e civ.*, 18 janv. 1984, D., 1985, J., 504; *Cass. 3^e Civ.*, 4 mars 1992, D., 1992, J., 386; *Cass. 3^e civ.*, 25 mars 1992, D., 1992, IR, 143; *Cass. 3^e Civ.*, 17 juin 1997, n. 96-10506; *Cass. 3^e 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. 3^e 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".

⁵⁸³ Cfr. F. Mezzanotte, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015, pp. 62-69.

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 pubblico⁵⁸⁴.

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 mondo⁵⁸⁵. 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"⁵⁸⁶. Ormai venuta meno la ragione fondamentale politico-economica che un tale principio 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 sovraindividuali⁵⁸⁷, 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 teoriche⁵⁸⁸, come la stabilità insita nei diritti reali rispetto al dinamismo dei rapporti obbligatori⁵⁸⁹, il principio di stretta legalità dei rapporti derivanti da contratto la cui

⁵⁸⁴ V. P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, 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)".

⁵⁸⁵ 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.

⁵⁸⁶ 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.

⁵⁸⁷ Cfr. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 151-152; .

⁵⁸⁸ 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.

⁵⁸⁹ F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1966, p. 72.

efficacia non si limiti alle parti⁵⁹⁰, 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 proprietario⁵⁹¹. 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. Si è anche osservata la differenza tra tipicità della struttura dei diritti reali e atipicità delle loro fonti, dei negozi costitutivi degli stessi⁵⁹². L'orientamento dominante, non incontrastato⁵⁹³, tende ancora oggi a tenere fermo il principio⁵⁹⁴ – beninteso, rispetto

⁵⁹⁰ Art. 1372 del C. c.; cfr. M. Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p. 170.

⁵⁹¹ 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).

⁵⁹² 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.

⁵⁹³ 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 *Rivista di diritto civile*, 1913, pp. 765-768.

⁵⁹⁴ 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 realtà e ai diritti di godimento su cosa altrui*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, p. 258: “Solo così, se intesi qual 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 vari 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.

al dispiegarsi della volontà privata, ma non come limite all'attività del legislatore⁵⁹⁵ – 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 legislatore⁵⁹⁶. Il problema si sposta in tale prospettiva dal 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*⁵⁹⁷. In tale sistema giuridico,

⁵⁹⁵ 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 realtà, 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.

⁵⁹⁶ 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, *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 ad un numero "quasi" chiuso dei diritti reali"; G. Restà, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in G. Restà (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.

⁵⁹⁷ 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)"; second l'opinione di M. Graziadei, *The structure of*

anche se in termini di diritto stretto la creazione di nuove figure atipiche è più o meno fortemente contrastata, essa trova ampi 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 problematica qualificazione, secondo l'una o l'altra categoria, dei diritti stessi"⁵⁹⁸. 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) allo scopo di garantire una maggiore certezza del diritto in rapporto ai sistemi di registrazione dei titoli sugli immobili⁵⁹⁹ o comunque limitato dal principio democratico che è visto come fondamento del diritto⁶⁰⁰.

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".

⁵⁹⁸ L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Bari, 2012, pp. 64-65

⁵⁹⁹ 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.

⁶⁰⁰ 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

c) 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 speciale⁶⁰¹. 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 beni⁶⁰². 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 stratagemma di salvataggio *in extremis* del principio di tipicità del novero dei diritti reali⁶⁰³ riconducendo le istanze di scomposizione atipica delle utilità di un bene a un

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 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.

⁶⁰¹ 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 AA.VV., *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 *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 857 ss.; S. Zolea, *La difficile ascensione dell'immateriale nelle codificazioni francese e italiana*, in *Comparazione e diritto civile*, www.comparazionedirittocivile.it, febbraio 2016.

⁶⁰² 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".

⁶⁰³ 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*.

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*⁶⁰⁴.

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 2012⁶⁰⁵. 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. 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 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

⁶⁰⁴ 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 *Rivista di diritto civile*, 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 le problematiche poste dalla figura del diritto reale di godimento speciale in tema di opponibilità ai terzi.

⁶⁰⁵ *Cass. 3^e civ.*, 31 oct. 2012, n. 11-16304.

godimento speciale, mentre la *Cassation* sembrava, diversamente, far dipendere la decisione proprio dalla legittimità del carattere perpetuo del diritto configurato⁶⁰⁶: un principio di diritto 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 trentennale⁶⁰⁷, salvo poi, ancora una volta, far cadere il limite del trentennio, che è espressamente dettato in materia di diritto di uso e abitazione con rinvio alle regole dell'usufrutto⁶⁰⁸.

*d) 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,

⁶⁰⁶ 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, *Etudes*, pp. 53 ss.

⁶⁰⁷ Cfr. *Cass. 3^e 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. E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, n. 4, pp. 1087-1088; W. Dross, *Que reste-t-il de l'arrêt Maison de Poésie?*, note sous *Cass. 3^e civ.*, 28 janv. 2015, n. 14-10013, in *RTD civ.*, 2015, pp. 413-416.

⁶⁰⁸ *Cass. 3^e 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 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".

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 della tesi – 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 delle utilità dominicali tra diversi soggetti a titolo di proprietà.

Evidentemente, proprio a tale ruolo del diritto di superficie viene a fare 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 ambigualmente 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 nuove⁶⁰⁹, 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

⁶⁰⁹ 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”.

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, variamente 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.

TITOLO 2: LE FONTI DEL DIRITTO DI SUPERFICIE

Capitolo 1) Fonti convenzionali

Sezione 1: Contratti di locazione

E' giunto il momento di studiare le fonti del diritto di superficie nei due ordinamenti giuridici oggetto di maggiore attenzione nella presente tesi. 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 della tesi, 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 in questa parte di tesi, anche per porre le basi del suo prosieguo, 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 generale⁶¹⁰. 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,

⁶¹⁰ V. G. Giacobbe, M. Nardoza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, p. 79.

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 immobiliare, l'aura di eccezionalità⁶¹¹ 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 probatoria⁶¹², che si pone comunque, di volta in volta, in sede contenziosa, quando è controversa l'interpretazione del titolo⁶¹³, 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 in Italia rivestire la forma scritta *ad substantiam*, risultando ciò decisivo ai fini della prova⁶¹⁴, senza che questa possa essere fornita da differenti atti o circostanze di fatto: "la dimostrazione dell'esistenza e dell'acquisto del diritto di superficie deve essere fornita con un

⁶¹¹ 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.

⁶¹² 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".

⁶¹³ 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.*

⁶¹⁴ *Cass. civ., ss.uu., 16 febbraio 2018, n. 3873.*

documento avente immediata funzione costitutiva; deve, quindi, escludersi che tale diritto possa essere provato indirettamente da atti destinati ad una funzione specifica diversa"⁶¹⁵, quale per esempio una mera autorizzazione a eseguire le costruzioni⁶¹⁶. Il giudice, in controversie di natura civilistica oppure tributaria, non dovrà pertanto 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 contraria⁶¹⁷ risultante da un titolo o dall'usucapione⁶¹⁸, non essendo sufficiente a tal fine un insieme di semplici inferenze concordanti⁶¹⁹ o testimonianze⁶²⁰. Un orientamento differente si è riscontrato in presenza di situazioni

⁶¹⁵ *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".

⁶¹⁶ 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*.

⁶¹⁷ E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, p. 289.

⁶¹⁸ *Cass. 3^e civ., 26 mai 1992, n. 90-22145*; *Cass. 3^e civ., 13 mai 2015, n. 13-27342, n. 14-15678*; *contra*, ammettendo, nel silenzio dei titoli, la prova contraria 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. 3^e civ., 7 nov. 1978, Bull. civ. III, n. 335*.

⁶¹⁹ *Cass. 3^e 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. 3^e 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. 1^{re} 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.

⁶²⁰ *Cass. 3^e civ., 13 févr. 1973, Bull. civ. III, n. 121*.

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'altro⁶²¹; 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 due⁶²². In ogni caso, l'orientamento giurisprudenziale prevalente tende a rafforzare e a riaffermare 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 rivendicazione⁶²³ e un più gravoso onere probatorio. Sorge 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.

⁶²¹ *Cass. 3^e 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.

⁶²² *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.

⁶²³ 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 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”.

Nella stragrande maggioranza dei casi, un diritto di superficie si costituisce per via contrattuale, perlopiù attraverso convenzioni di vendita e, in Francia, di locazione⁶²⁴. Lo stretto e attuale 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 della tesi, si vedranno uno per uno gli schemi di locazione anomala, predisposti dal legislatore, strutturalmente attribuiti al conduttore di un diritto reale. Diversamente, in Italia, l'avvento del Codice del 1942⁶²⁵, con la sua positivizzazione della 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 superficie⁶²⁶. 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 locato⁶²⁷; ma l'artificiosità e la complessità – a partire dalla gestione del rapporto fra i due patti – di un tale assetto, avulso

⁶²⁴ J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Digione, 1825, p. 550.

⁶²⁵ 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 proprietà superficiaria*, Padova, 1936, pp. 66-67.

⁶²⁶ V. G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 143-144; G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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*.

⁶²⁷ *Cass. civ., sez. I, 15 giugno 1974, n. 412, MFI, 1974, 412*; G. Pescatore, R. Albano, *Della proprietà*, t. I, in AA.VV., *Commentario del Codice civile*, Torino, 1968, p. 633; G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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.

dall'esperienza plurisecolare di *ius commune* in cui affondano le radici le locazioni superficiali 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 in presenza di un accordo espresso o implicito 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 situazione⁶²⁸, la cui possibilità 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 questa tesi. 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*⁶²⁹ l'attribuzione al conduttore di un diritto di proprietà superficiale 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 contrattuali⁶³⁰, in particolare in presenza di una destinazione per

⁶²⁸ 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 variable, un retour du fonds aux mains du propriétaire et un conflit d’intérêts entre le constructeur et le bailleur”.

⁶²⁹ *Cass. req.*, 27 mai 1873, *S.*, 1873, II, 254; *Cass. 3^e civ.*, 6 nov. 1970, *D.*, 1971, J., 395; *Cass. 3^e 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*, 2^e *Ch.*, *D.*, 1892, II, 409.

⁶³⁰ 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.

via d'ipoteca delle costruzioni al pagamento di un debito⁶³¹, o comunque da un insieme di clausole tali da conferire particolare solidità alla situazione del conduttore, con ampia libertà di costruire e di demolire secondo le proprie esigenze⁶³².

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 giurisprudenza⁶³³, 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 sofisticate⁶³⁴, 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 desiderata⁶³⁵. Meglio sarà dunque in molti casi per le parti ricorrere alle figure di locazioni superficiali specificamente modulate dal legislatore, con una varietà di regimi, a loro volta in alcuni casi molto adattabili, così

⁶³¹ *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 les nouvelles constructions édifiées au même emplacement".

⁶³² *Cass. civ.*, 26 juill. 1921, *D.*, 1925, I, 78.

⁶³³ *Cass. req.*, 15 nov. 1875, *D.*, 1876, I, 210; *Cass. 3^e civ.*, 16 déc. 1997, n. 95-20756; *contra*, F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 219.

⁶³⁴ 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 superficiaire 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".

⁶³⁵ 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".

da far fronte alle 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 normate⁶³⁶ – le conseguenze della costruzione su un fondo altrui da parte di un terzo, con materiali a lui appartenenti⁶³⁷: 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 al regime di tale principio, anche 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 rapporto⁶³⁸ potrebbe risultare

⁶³⁶ 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.

⁶³⁷ *Cass. 3^e 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. 1^{re} 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. 3^e 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. 3^e civ.*, 19 juin 1984, *JCP*, 1984, 279; *Cass. 3^e 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. 3^e civ.*, 2 oct. 2002, n. 01-00002.

⁶³⁸ 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

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, la sorte delle costruzioni alla fine del contratto è di solito direttamente normata 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 contesa⁶³⁹: 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 conferire 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 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"⁶⁴⁰. In tale ipotesi di concessione

generale principio di dissociazione giuridica temporanea dell'immobile in favore del titolare di un diritto di godimento.

⁶³⁹ G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Parigi, 1969, pp. 289-290.

⁶⁴⁰ *Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7300*; v. anche *Cass. civ., sez. II, 26 marzo 1953, n. 779, MFI, 1953, 168*: "E' 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

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 godimento⁶⁴¹, non potendo ottenere il provvedimento concessorio a suo nome, bensì solo a quello del proprietario del fondo, né farne ricadere gli effetti nella propria sfera giuridica⁶⁴². 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 immobiliare⁶⁴³. Altrove, ci si serve della sottile distinzione tra proprietà superficaria

«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 AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, nota 35, pp. 585-587.*

⁶⁴¹ 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. Nardoza, *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.

⁶⁴² 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'antioriorità dell'esercizio (art. 1380) sia prevalente sulla posizione giuridica del costruttore"; *Cass. civ., sez. I, 15 luglio 1959, n. 2318, MFI, 1959, 436*.

⁶⁴³ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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*

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'immobile⁶⁴⁴. In altre interpretazioni ancora, infine, 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 Codice⁶⁴⁵. Tutto ciò evidenzia l'ampiezza degli spazi di dialogo

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 AA.VV., *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: "E' 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".

⁶⁴⁴ Cfr. L. Salis, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 948: "questa concessione 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. 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".

⁶⁴⁵ *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

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 in giurisprudenza, sia in dottrina, sono state sostenute entrambe le opzioni – senza che

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 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*, ne *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015*, ne *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 AA.VV., *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.

siano mancate neanche interpretazioni intermedie⁶⁴⁶ – della loro appartenenza al locatore ovvero, in via temporanea, al conduttore: quest'ultima ipotesi è stata fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria e da diversi autori⁶⁴⁷. 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 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 vantaggio⁶⁴⁸. Il conduttore potrà allora ipotecare le costruzioni che ha realizzato⁶⁴⁹, procurandosi più facilmente

⁶⁴⁶ 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.

⁶⁴⁷ *Ex ceteris*, v. *Cass. req.*, 13 févr. 1872, S., 1872, I, 104; *Cass. 1^{re} civ.*, 11 déc. 1962, D., 1963, J., 131; *Cass. 1^{re} civ.*, 1 déc. 1964, JCP, 1965, II, 14213, con nota adesiva di P. Esmein; *Cass. 1^{re} civ.*, 23 oct. 1990, n. 88-20296; *Cass. 3^e 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*, 1^{re} 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. 3^e civ.*, 27 mars 2002, in *JCP*, 2003, *Chronique*, n. 117, p. 440.

⁶⁴⁸ V. R. Lindon, *Note sous Cass. 1^{re} civ.*, 11 déc. 1962, in D., 1963, J., 132.

⁶⁴⁹ *Cass. req.*, 13 févr. 1872, S. 1872, I, 104; cfr. *Code civil*, art. 2430, 3^o: "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,

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 espropriazione⁶⁵⁰ e sarà tenuto al pagamento delle imposte sulla proprietà⁶⁵¹. 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 operativi⁶⁵².

Quanto alla sorte delle costruzioni alla fine del rapporto, se non regolata convenzionalmente, troverà applicazione come regola generale l'articolo 555 del *Code civil*⁶⁵³: 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 la minor somma tra l'aumento di valore del fondo e 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

l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement”.

⁶⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1968, Bull. civ. I, n. 585; Cass. 3^e civ., 4 avr. 2002, n. 01-70061.

⁶⁵¹ P. Esmein, Note sous Cass. 1^{re} 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.

⁶⁵² Cfr. T. Lamarche, *L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications*, in RTD civ., 2006, p. 21.

⁶⁵³ 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. 630-632; Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1955, D., 1955, J., 590, dove v. anche la nota adesiva di R. Saint-Alary; Cass. 1^{re} civ., 1 déc. 1964, JCP, 1965, II, 14213; Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1990, n. 88-20296; Cass. 3^e 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 originale, 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. 3^e civ., 16 sept. 2009, n. 08-10487; L. Rozès, *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*, Parigi, 1976, p. 339.

della buona fede del conduttore, quale per esempio risultante dall'autorizzazione da parte del locatore a svolgere i lavori⁶⁵⁴ e in generale dal complesso delle clausole contrattuali e dall'assetto del rapporto da esse sancito⁶⁵⁵: tale autorizzazione non esclude tuttavia di per sé l'applicazione dell'articolo 555⁶⁵⁶, né vale autorizzazione il mero fatto della conoscenza dei lavori da parte del locatore⁶⁵⁷. La precedente ulteriore severità verso il conduttore del testo dell'articolo⁶⁵⁸ 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 canone⁶⁵⁹ – trovi il suo termine di applicazione allo scadere convenuto del contratto o dell'effettiva fine del godimento del bene, in

⁶⁵⁴ *Pro: Cass. req.*, 25 oct. 1921, *D.*, 1922, I, 55; *Cass. 3^e civ.*, 3 oct. 1990, n. 88-18415; *contra: Cass. 3^e civ.*, 28 janv. 1987, n. 85-12176; *Cass. 3^e civ.*, 8 juillet 1987, *D.*, 1987, IR, 193; *Cass. 3^e civ.*, 12 juill. 2000, n. 98-18857; per un orientamento restrittivo, v. anche *Cass. 3^e 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. 3^e 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”.

⁶⁵⁵ *Cass. req.*, 15 juill. 1912, *D.*, 1914, I, 28.

⁶⁵⁶ *Cass. 1^{re} 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'impovertimento del conduttore; *Cass. 3^e civ.*, 10 nov. 1999, n. 97-21942.

⁶⁵⁷ *Cass. civ.*, 3 janv. 1849, *S.*, 1849, I, 95; *Cass. 1^{re} civ.*, 7 mars 1955, *D.*, 1955, J., 590; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, p. 337.

⁶⁵⁸ 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.

⁶⁵⁹ Cfr. P. Esmein, *Note sous Cass. 1^{re} civ.*, 1 déc. 1964, *JCP*, 1965, II, 14213; v. anche *Cass. com.*, 24 mai 1960, *D.*, 1961, S., I.

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 del bene⁶⁶⁰: 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 commerciale⁶⁶¹. 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 legale⁶⁶². 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 legislazione⁶⁶³, conferendo al locatario prerogative varie e generalmente più ampie rispetto a quelle del diritto comune⁶⁶⁴ e disciplinando in maniera più o meno dettagliata il suo eventuale diritto al rimborso⁶⁶⁵.

⁶⁶⁰ *Cass. com.*, 12 déc. 1960, *Bull. civ. III*, n. 407; *Cass. com.*, 3 oct. 1961, *Bull. civ. III*, n. 338.

⁶⁶¹ *Cass. 3^e civ.*, 27 sept. 2006, n. 05-13981.

⁶⁶² *Cass. 1^{re} civ.*, 11 déc. 1962, *D.*, 1963, *J.*, 131; similmente, in tema di affitti agrari, v. *Cass. 3^e civ.*, 13 févr. 1970, n. 67-13752; *Cass. 3^e civ.*, 9 déc. 1980, *JCP N*, 1981, *Pratique*, 8027, p. 468; *Cass. 3^e civ.*, 5 mars 1985, *JCP N*, 1985, *II*, p. 229.

⁶⁶³ 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 propre à chaque statut locatif figureraient dans des dispositions particulières tenant compte de la spécificité des conventions".

⁶⁶⁴ 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.

⁶⁶⁵ 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.

Rispetto a quanto complessivamente analizzato nel presente paragrafo, si deve segnalare il diverso orientamento giurisprudenziale in tema di piantagioni (perlopiù viticole, ma non solo⁶⁶⁶) 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 locatore⁶⁶⁷ come effetto naturale dell'accordo locativo, se non derogato dalle convenzioni tra le parti⁶⁶⁸, come peraltro sovente accade⁶⁶⁹. 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 viticolo⁶⁷⁰, aderenti al fondo dato in locazione che supporta tale sfruttamento⁶⁷¹, e ne ha fatto conseguire l'impossibilità per il conduttore d'imporre al locatore – proprietario del fondo e delle piantagioni – la rimozione della vigna⁶⁷², ovvero di rimuoverla egli stesso⁶⁷³. 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, sollecitando una sua armonizzazione nella direzione di un'accessione differita al momento del venir meno del rapporto⁶⁷⁴.

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

⁶⁶⁶ Cass. 3^e civ., 27 janv. 1993, n. 91-11602.

⁶⁶⁷ Cass. 3^e civ., 13 mai 1986, JCP N, 1987, II, 54; Cass. 3^e civ., 10 nov. 2004, n. 03-14592; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 842; *contra*, Cass. 3^e civ., 13 févr. 1970, n. 67-13752; Cass. 3^e civ., 9 déc. 1980, JCP N, 1981, Pratique, 8027, p. 468; Cass. 3^e civ., 5 mars 1985, JCP N, 1985, II, p. 229.

⁶⁶⁸ Cass. 3^e civ., 27 janv. 1993, n. 91-11602.

⁶⁶⁹ B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 9.

⁶⁷⁰ Cass. 3^e 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 incredibili, che subentra ai precedenti diritti di piantagione: è da vedersi come il nuovo regime si rifletterà sull'orientamento della giurisprudenza sul tema in analisi.

⁶⁷¹ Cass. 3^e civ., 24 mars 1999, n. 97-14303.

⁶⁷² Cass. 3^e civ., 7 janv. 1998, n. 95-20785; Cass. 3^e civ., 18 nov. 1998, n. 96-18438; Cass. 3^e civ., 18 nov. 1998, n. 96-22102; cfr. P. Pétel, *Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne*, in AA.VV., *Mélanges Michel Cabrillac*, Parigi, 1999, pp. 805-806.

⁶⁷³ Cass. soc., 29 janv. 1954, Bull. civ. IV., n. 71; Cass. 3^e 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.

⁶⁷⁴ 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.

ritenuto che l'accessione operi soltanto in via differita, al momento dell'estinzione dell'usufrutto⁶⁷⁵: la problematica era già dibattuta dalla dottrina classica⁶⁷⁶.

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 superficie⁶⁷⁷. Questo non vuol dire che necessariamente sia accolta la soluzione di un acquisto immediato della proprietà delle addizioni del conduttore da parte del locatore⁶⁷⁸. Le regole applicabili non si rinvengono nella disciplina 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 precedente⁶⁷⁹". Proprio tale diversa collocazione e autonoma disciplina,

⁶⁷⁵ Cass. 3^e 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.

⁶⁷⁶ 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".

⁶⁷⁷ 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, 1991, p. 268.

⁶⁷⁸ 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 AA.VV., *Libro terzo, della proprietà, art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, pp. 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.

⁶⁷⁹ 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

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 accessione⁶⁸⁰ e, in ogni caso, evitando di ricorrere alla figura del diritto di superficie⁶⁸¹. 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

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".

⁶⁸⁰ 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 documento 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., 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.

⁶⁸¹ 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'accento 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.

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 conduttore di una proprietà sulle costruzioni certa, idonea alla circolazione giuridica e conoscibile ai terzi.

La giurisprudenza⁶⁸² ha affermato che anche le costruzioni dell'usufruttuario, regolate in quanto addizioni dall'articolo 986 del Codice civile⁶⁸³, diventano immediatamente del nudo proprietario per accessione, siano esse separabili o inseparabili; in dottrina si hanno invece posizioni più variegate sul tema⁶⁸⁴ e qualche voce contemporanea – nel solco della ricostruzione di autori tradizionali, formati nel quadro più fluido del diritto di superficie in Italia prima del codice del 1942⁶⁸⁵ – nell'aprire, quantomeno in alcune ipotesi, a un'accessione differita evoca, sia pure timidamente e sullo sfondo,

⁶⁸² *Cass. civ., sez. II, 23 aprile 1958, n. 1351, Il foro it., 1958, I, 1125.*

⁶⁸³ "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".

⁶⁸⁴ 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.

⁶⁸⁵ L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 32; nell'opera dell'Autore precedente al Codice del 1942, v. L. Salis, *La proprietà superficaria*, Padova, 1936, pp. 60-64.

per la situazione nel frattempo instauratasi, l'istituto del diritto di superficie⁶⁸⁶. 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 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.

Sezione 2: 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 vendita⁶⁸⁷ o di altri contratti implicanti la cessione dello stesso⁶⁸⁸, siano essi a titolo oneroso, come la permuta, o a titolo gratuito⁶⁸⁹, anche di vera e propria liberalità⁶⁹⁰, 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 demolizione⁶⁹¹. Si è osservato come il diritto possa nascere

⁶⁸⁶ 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.

⁶⁸⁷ Cass. 3^e civ., 15 nov. 1977, n. 76-11365.

⁶⁸⁸ 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^o, a.

⁶⁸⁹ C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 442.

⁶⁹⁰ 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. 3^e civ., 6 mars 1991, n. 89-17786.

⁶⁹¹ S. Laporte-Leconte, *Le droit de superficie (fasc. 251-30)*, in *JurisClasseur Construction - Urbanisme*, 2016, n. 40.

anche da un contratto di divisione⁶⁹², in cui uno dei condividenti tenga per sé il suolo e l'altro determinati 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 soprassuolo⁶⁹³, quanto nel caso in cui alieni a un soggetto la proprietà del suolo e a un altro soggetto quella del soprassuolo o sottosuolo⁶⁹⁴; 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 personale⁶⁹⁵ – 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 presupporre una generalizzazione della concezione dematerializzata della superficie che ha dato luogo alla pratica della divisione in volumi 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

⁶⁹² 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, I, 32; cfr. *Cass. 3^e civ.*, 23 mai 2012, n. 11-13202.

⁶⁹³ *Cass. 3^e civ.*, 15 nov. 1977, n. 76-11054.

⁶⁹⁴ *Cass. civ.*, 14 nov. 1888, D., 1889, I, 469.

⁶⁹⁵ 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.

dello 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 soprassuolo⁶⁹⁶. 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 privati in seguito alla stesura e pubblicazione di uno stato descrittivo di divisione⁶⁹⁷: 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 questa tesi. 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. 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

⁶⁹⁶ 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 de hors de tout contrat de bail".

⁶⁹⁷ *Cass. 1^{re} civ.*, 23 janv. 2008, n. 07-10457.

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 rinuncia all'operare immediato dell'accessione da parte del proprietario del fondo, anche in presenza di un'autorizzazione alla costruzione⁶⁹⁸) 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 differita⁶⁹⁹. 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 regolamentazione del diritto principale che vi ha dato luogo⁷⁰⁰. 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 ammessi⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ 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-propiétaire 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.

⁶⁹⁹ 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".

⁷⁰⁰ 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. 1^{re}*, 12 juin 2014, *Pasicrisie belge*, n. 422, 1483; *App. Liège*, 28 janvier 2015, n. F-20150128-10; *App. Liège*, 7^e ch., 11 janvier 2017, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2017, n. 20, p. 933.

⁷⁰¹ 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".

La costituzione di un diritto di superficie a titolo derivativo, sotto forma di conferimento del diritto reale di costruire sul (o sotto il⁷⁰²) 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 (vendita⁷⁰³, donazione, divisione⁷⁰⁴ e tutti gli altri contratti utilizzabili per trasferire la proprietà d'immobili⁷⁰⁵) tanto a titolo oneroso quanto a titolo 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*⁷⁰⁶ (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 (o del sottosuolo), potrà tanto essere versato in un'unica soluzione, quanto consistere in un *solarium* periodico, senza per questo ricadere nella differente categoria della

⁷⁰² 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.

⁷⁰³ Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 1956, n. 3414, MFI, 1956, 630.

⁷⁰⁴ App. Torino, 29 novembre 1932, RFI, 1933, *Superficie (diritto di)*, 2-3, 1468.

⁷⁰⁵ V. G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 142; L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 27; G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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, come osserva G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 585-586: "E' concepibile anche che il diritto di costruire sia conferito in società, restando la proprietà del suolo al socio conferente".

⁷⁰⁶ 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.

locazione. Tale *solarium*, secondo l'opinione dominante, qualora risultante dal titolo debitamente trascritto, sarà opponibile ai successivi acquirenti del diritto reale⁷⁰⁷: così 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 trascrizione⁷⁰⁸. Un diritto di superficie può pure costituirsi a titolo gratuito e, in particolare, per via di donazione⁷⁰⁹, mentre il diritto già costituito può a sua volta essere oggetto di una successiva donazione anche qualora tra concedente e

⁷⁰⁷ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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 tipizzato 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, pp. 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 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.

⁷⁰⁸ 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.

⁷⁰⁹ *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*.

concessionario fosse stato convenuto un *solarium*⁷¹⁰. Il proprietario del suolo può disporre gratuitamente del proprio diritto nei confronti del superficiario, mentre il caso opposto rimane un'ipotesi di rinuncia abdicativa piuttosto che di donazione, l'effetto dell'acquisto dipendendo direttamente dall'elasticità del dominio quale configurato dal legislatore⁷¹¹, 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 Codice⁷¹².

Capitolo 2) Altre fonti

Sezione 1: 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 rinuncia 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

⁷¹⁰ 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. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2006, pp. 285-286.

⁷¹¹ 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.

⁷¹² *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 superficaria dovrà naturalmente essere trascritta per essere opponibile ai terzi: *Cass. civ., sez. II, 14 novembre 1997, n. 11250*.

discorso. Un diritto di superficie può scaturire anche dalla legge, dagli atti normativi a 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 miniere⁷¹³, che non possono essere sfruttate se non dallo Stato, titolare dei diritti dominicali sui giacimenti, o in virtù di una concessione⁷¹⁴. 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): proprio la preminenza di un interesse generale giustifica le particolarità di tale diritto. Il beneficiario della concessione è tenuto al pagamento di una remunerazione 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

⁷¹³ Nella dottrina italiana, con riferimento a tali situazioni di dissociazione giuridica dell'immobile, si è invece tecnicamente esclusa la qualificazione superficaria della proprietà esercitata dallo Stato sui beni dissociati dal suolo: secondo G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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 superficaria. Notiamo ancora come le concessioni che di questi beni faccia lo Stato (essenzialmente concessioni minerarie) non attribuiscono al concessionario la proprietà né del sottosuolo né delle opere in esso fatte [...], sicché non pongono in essere nemmeno esse una proprietà superficaria. 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)".

⁷¹⁴ Il cui regime deroga alle regole generali del *Code civil* sin dall'epoca napoleonica.

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 bene⁷¹⁵; 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'archeologia⁷¹⁶. 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 sistemi urbani di trasporto via cavo (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 della tesi dedicata al diritto di superficie in rapporto all'interesse generale.

⁷¹⁵ *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".

⁷¹⁶ Sulle problematiche di legittimità costituzionale e convenzionale (in rapporto alla CEDU) del testo precedente, 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.

Quanto all'ordinamento italiano, nella misura in cui si accolga la loro assimilazione più o meno stretta all'istituto superficario 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 superficaria, 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 pubblici⁷¹⁷ e di soggetti privati (si pensi a ipotesi come teleferiche, elettrodotti coattivi e ferrovie private)⁷¹⁸. Sono stati interpretati come diritti di proprietà superficaria 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 civile⁷¹⁹, 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 essi⁷²⁰.

⁷¹⁷ G. Balbi, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, pp. 103-104; G. Giacobbe, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2003, pp. 119-125; G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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.

⁷¹⁸ Dubbioso sull'inquadramento di tali ipotesi, ma in ogni caso prospettando una proprietà superficaria 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*.

⁷¹⁹ 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.

⁷²⁰ 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*

B) Il testamento

Il testamento è un atto negoziale idoneo a dar luogo a un diritto di superficie, come evidenziava una risalente dottrina francese⁷²¹; l'attuale regime frammentario della superficie d'oltralpe, come storicamente evolutosi, 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 della proprietà del suolo, riservando la superficie al patrimonio ereditario⁷²².

C) La rinuncia all'accessione

Si osserva nella dottrina francese la possibilità che un diritto di superficie consegua alla rinuncia unilaterale all'accessione da parte del proprietario del suolo, a profitto di

agosto 2004, n. 17006; Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2010, n. 20508. La Suprema Corte ha inoltre recentemente, contraddicendo un precedente orientamento, 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.

⁷²¹ 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 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.

⁷²² G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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.

un terzo⁷²³ ma al di fuori di una convenzione attributiva a quest'ultimo di un diritto di godimento del fondo a fini edificatori⁷²⁴. 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 rinuncia prescindente da una cornice convenzionale⁷²⁵. Più attinente sembra invece la citazione della sentenza della *Cour de Cassation* del 7 novembre 1978⁷²⁶, che riconosce proprietario dell'opera realizzata una persona che ha costruito col consenso della figlia – per proprio conto, sulla base di propri piani e in parte con le sue stesse mani, con un permesso di costruire a proprio nome e con finanziamenti ottenuti in prestito dai figli – su un terreno di proprietà della figlia, appositamente acquistato, avendo mantenuto il pieno godimento della costruzione dopo la conclusione dei

⁷²³ 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”.

⁷²⁴ 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”.

⁷²⁵ Così in *Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1953, D., 1953, J., 612*: “Attenué 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. 1^{re} civ., 5 oct. 1966, Bull. civ. I, n. 453*.

⁷²⁶ *Cass. 3^e 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”.

lavori: la rinuncia 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'usucapione⁷²⁷. 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 superficie⁷²⁸, 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 superficie⁷²⁹. Non si tratta in ogni caso d'ipotesi praticamente frequenti e, al di fuori di esse, non sembra esservi spazio per l'attribuzione del diritto attraverso atti unilaterali⁷³⁰.

Sezione 2: 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.

⁷²⁷ V. per es. *Cass. civ. 3^e, 3 avr. 1996, n. 94-10764*.

⁷²⁸ *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. Nardoza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, pp. 87-8; M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 162-163.

⁷²⁹ In giurisprudenza, con riferimento a un diritto di usufrutto, v. *Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2007, n. 1967*.

⁷³⁰ M. Paradiso, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 90-92.

A) L'usucapione

Un diritto di superficie può essere acquistato in Francia anche a titolo originario, attraverso prescrizione acquisitiva⁷³¹, 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 stesso⁷³². 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 superficciaria su porzioni d'immobile⁷³³ – più remoto, seppur concepibile, essendo il caso di un possesso *ad usucapionem* dell'intero immobile 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 radici⁷³⁴. 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, pubblico⁷³⁵, 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 titolo⁷³⁶) richiesta dalla legge. Evidentemente, la questione dell'usucapione in Francia si è posta nell'ottica tradizionale, dominata dalla teoria monista, per la sola costruzione

⁷³¹ 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. Falcaimaigne, con la collaborazione di M. Gault, t. II, Parigi, 1897, p. 625.

⁷³² E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, p. 293.

⁷³³ *Cass. 1^{re} civ.*, 18 déc. 1967, *Bull. civ. I*, n. 370; *Cass. 3^e civ.*, 11 déc. 1969, *Bull. civ. III*, n. 832; *Cass. 3^e civ.*, 13 févr. 1973, *Bull. civ. III*, n. 121; *Cass. 3^e civ.*, 26 mai 1992, n. 90-22145; *Cass. 3^e civ.*, 7 oct. 1998, n. 96-18748; *Cass. 3^e civ.*, 12 juill. 2000, n. 97-13107.

⁷³⁴ 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, I, 28.

⁷³⁵ 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. 1^{re} civ.*, 9 févr. 1955, *D.*, 1956, *somm.*, 15.

⁷³⁶ *Cass. req.*, 27 févr. 1905, *D.*, 1908, I, 333; *Cass. 1^{re} civ.*, 15 oct. 1956, *Bull. civ. I*, n. 349.

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 superficiali, la corposa e reciproca dimensione obbligatoria implicata dal titolo costitutivo sembra prevalere sull'autonoma fisionomia del diritto reale di superficie, rendendo superflua la questione: 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 superficiali 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 civile⁷³⁷ e tanto più quando esso ha assunto una forma ben definita

⁷³⁷ *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 superficiale*, 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

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 concepibilità⁷³⁸; di converso, per quanto praticamente rari, possono darsi atti che esternino la riferibilità degli elementi oggettivo e soggettivo del possesso al solo soprassuolo⁷³⁹ (o sottosuolo) o a una sua porzione⁷⁴⁰. 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 facilità⁷⁴¹. 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 manifesta in un'attività

acquistato per usucapione, che poteva essere accertata anche a mezzo di prova testimoniale ammissibile senza alcun limite di valore".

⁷³⁸ 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 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 accedrebbe necessariamente al suolo e con questo formerebbe una cosa unica. E' 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.

⁷³⁹ Cfr. *Cass. civ.*, sez. II, 22 febbraio 2016, n. 3396.

⁷⁴⁰ 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".

⁷⁴¹ 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.

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 altrui⁷⁴². Pertanto, anche di tale diritto si è comunque sostenuta l'usucapibilità⁷⁴³, da alcuni limitata a mere ipotesi eccezionali⁷⁴⁴: 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 in cambio di un canone⁷⁴⁵. La giurisprudenza ha affermato

⁷⁴² 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; G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 478, nota 2: "E' irreali 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.

⁷⁴³ 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".

⁷⁴⁴ 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.

⁷⁴⁵ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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 superficaria, 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

l'usucapibilità della costruzione già realizzata, con il diritto di mantenerla⁷⁴⁶, ma non del diritto reale di costruire sul suolo altrui⁷⁴⁷.

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 requisiti 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 variegata 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

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., 1985, Torino, pp. 641-642, nota 8; G. Musolino, *La costituzione del diritto di superficie*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 291-292.

⁷⁴⁶ *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".

⁷⁴⁷ *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*.

ampiamente, con posizioni favorevoli tanto all'accessione immediata e automatica⁷⁴⁸, quanto differita⁷⁴⁹, con una 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 dinamiche⁷⁵⁰. 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 punti di frattura

⁷⁴⁸ 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.

⁷⁴⁹ 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. 3^e civ.*, 9 mars 1994, n. 92-12971: "les constructions élevées sur un immeuble indivis par l'un des propriétaires deviennent propriété commune des coindivisaires 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 déniions au droit d'accession à l'état de réalisation tout pouvoir 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.

⁷⁵⁰ Cfr. G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in AA.VV., *Etudes 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".

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 usucapione⁷⁵¹.

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 sconfinamento⁷⁵²; 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 demarcazione⁷⁵³.

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 arbitraria⁷⁵⁴ 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 la problematica severità della

⁷⁵¹ Per es., nessun ufficio addetto alla pubblicità immobiliare accetterà presumibilmente di registrare un'ipoteca sull'immobile di un sedicente proprietario superficario 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!

⁷⁵² C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V. ed., Parigi, 2006, pp. 375-377, con copiosa giurisprudenza citata.

⁷⁵³ F. Zenati-Castaing, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in *RTD civ.*, 1999, p. 145.

⁷⁵⁴ Cfr. *Cass. civ.*, *ss.uu.*, 16 febbraio 2018, n. 3873.

soluzione d'oltralpe, può operare un meccanismo di accessione invertita⁷⁵⁵: "se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede 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"⁷⁵⁶. 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 realizzato⁷⁵⁷; pure il consenso del proprietario del suolo avrà in ogni caso il mero effetto di escludere l'esercizio dello *ius tollendi*⁷⁵⁸. 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 famiglia⁷⁵⁹. Occorre conclusivamente menzionare l'ipotesi – criticata in dottrina in quanto forma di

⁷⁵⁵ 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*.

⁷⁵⁶ Con molto maggiore timidezza, l'articolo 539 del citato progetto di riforma del *Code civil* francese avanza una proposta proprio in tale direzione.

⁷⁵⁷ 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*)".

⁷⁵⁸ G. Giacobbe, M. Nardoza, *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.

⁷⁵⁹ 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.

espropriazione priva delle relative garanzie di rilievo costituzionale⁷⁶⁰ – di creazione giurisprudenziale⁷⁶¹, 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 2001⁷⁶², introdotto dal Decreto-Legge numero 98 del 6 luglio 2011⁷⁶³, 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 ipotesi di accessione invertita⁷⁶⁴, 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 suolo⁷⁶⁵, non potendo questo essere restituito in ragione di un

⁷⁶⁰ 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.

⁷⁶¹ 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.

⁷⁶² Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.

⁷⁶³ 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.

⁷⁶⁴ Per un'esclusione di ogni ipotesi di accessione invertita nella giurisprudenza francese, v. *Cass. 3^e civ.*, 24 juin 1998, n. 96-16707; nello stesso senso, già *Cass. req.*, 24 juin 1941, *D.*, 1941, *J.*, 293.

⁷⁶⁵ 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

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 fondo⁷⁶⁶.

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 loro 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

patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene".

⁷⁶⁶ 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 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".

conservavano un ruolo vitale nell'ambito del diritto agrario⁷⁶⁷, 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 seconda parte della tesi, 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 Dombes⁷⁶⁸, 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 agricoltori⁷⁶⁹. 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 figura⁷⁷⁰. 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

⁷⁶⁷ 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.

⁷⁶⁸ 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”.

⁷⁶⁹ 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.

⁷⁷⁰ B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 13.

superficie⁷⁷¹. Merita inoltre menzione il diritto di *crû et à croître*⁷⁷², che conferisce un diritto reale sugli alberi distinto dal dominio del suolo, che la giurisprudenza, riconoscendo imprescrittibile, ha considerato come una proprietà superficiaria del soprassuolo⁷⁷³; 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 stagionali⁷⁷⁴. La generale desuetudine di tali figure sconsiglia di approfondirne in questa sede la trattazione, oltre quanto necessario per testimoniare la molteplicità di diritti associati alla figura della

⁷⁷¹ 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 XIX^e 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, Cass. 3^e civ., 25 mars 1992, D., 1993, 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.

⁷⁷² V. H. Périnet-Marquet, *Le droit de « crû et à croître » ne s'éteint pas par non-usage, note sous Cass. 3^e 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”.

⁷⁷³ *Cour imp. Besançon*, 12 déc. 1864, D., 1865, 2, 1; v. anche, pur senza evocare esplicitamente un diritto di superficie, Cass. 3^e 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 *Deffrénois*, 2012, n. 21, pp. 1071-1073.

⁷⁷⁴ P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Parigi, 1989, p. 19.

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 ancora diffuse nelle aree rurali della Francia: tale attitudine del diritto di superficie a coprire uno spettro ampio di situazioni ha pertanto contribuito a mantenere 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 usi 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 usi⁷⁷⁵ 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 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, regole⁷⁷⁶, mentre in Francia, in ragione

⁷⁷⁵ 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.

⁷⁷⁶ 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

della vocazione espansiva del diritto di superficie e attratte 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.

qualificazione reale, v., *ex ceteris*, F. Marinelli, *Gli usi civici*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger*, Milano, 2013.

PARTE II: ALCUNE MANIFESTAZIONI CONTEMPORANEE DEL DIRITTO DI SUPERFICIE

TITOLO 1: LOCAZIONI SUPERFICIARIE E PROPRIETÀ DI VOLUMI

Capitolo 1) Le locazioni reali

Sezione 1: Gli specifici contratti di locazione francesi attributivi di un diritto reale

Questa parte di tesi 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*. Lo studio s'incentrerà sui meccanismi specifici di funzionamento di configurazioni già accennate nella prima parte di tesi, 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, superficiali), anomali⁷⁷⁷ e derogatori⁷⁷⁸ rispetto al diritto comune delle locazioni, variamente tipizzati, sia negli usi locali e nella 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 repute uno degli strumenti attraverso cui un diritto di superficie può essere concesso. Più precisamente, le locazioni superficiali, 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 superficiale di costruzioni già edificate, l'autorizzazione a costruire sul fondo o l'obbligo di costruirvi acquisendo la proprietà superficiale di quanto realizzato⁷⁷⁹. 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 complesso⁷⁸⁰, 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 superficiale, ma mettono a loro disposizione una serie

⁷⁷⁷ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, X ed., Parigi, 2015, p. 360.

⁷⁷⁸ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 821.

⁷⁷⁹ C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiale*, Parigi, 1983, p. 19.

⁷⁸⁰ Cfr. C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiale*, 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 superficiale et du tréfoncier."

di schemi, nella maggior parte dei casi piuttosto flessibili e adattabili, con vantaggi in termini di certezza e di precisione delle regole⁷⁸¹. 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 superficiali 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 superficiali 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 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 oggetto del contratto a fungere da solida garanzia a vantaggio del locatore, che ne

⁷⁸¹ B. Grimonprex, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 10.

resta proprietario⁷⁸². I diritti reali conferiti sono in ogni caso di agevole utilizzo anche al fine di reperire sul mercato crediti per l'operazione economica in vista della cui realizzazione si è stipulato il contratto di locazione⁷⁸³. I rapporti tra le parti, in gran parte libere di delineare secondo l'equilibrio d'interessi desiderato l'effettivo contenuto del diritto attribuito⁷⁸⁴, acquistano allora un carattere articolato, in cui la dimensione reale e quella personale si compenetrano in un'operazione economica e giuridica composita⁷⁸⁵: 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 accordi⁷⁸⁶, che si discosta vivamente dal canone codicistico di assolutezza⁷⁸⁷. A monte del rapporto restando un contratto di locazione, esso conserva una base obbligatoria, non completamente assorbita dall'ulteriore natura reale del diritto del conduttore, che sullo stesso contratto si fonda e dalle sue clausole è variamente delimitato⁷⁸⁸: pertanto, il conduttore non potrà, semplicemente rilasciando

⁷⁸² 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".

⁷⁸³ V. B. Dumas, M.-H. Louvel, *Investissement et valorisation*, in *Petites affiches*, 1997, n. 49, pp. 43 ss.

⁷⁸⁴ 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 superficario e del proprietario del suolo*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 791 ss.

⁷⁸⁵ 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.

⁷⁸⁶ Cfr. *Cass. 3^e civ.*, 16 mai 2001, n. 98-70142.

⁷⁸⁷ 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 superficario au tréfoncier".

⁷⁸⁸ 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

il fondo, sottrarsi ai doveri di pagare i canoni e di eseguire le opere convenute, laddove in generale nell'ambito dei diritti reali la rinuncia affranca dagli eventuali obblighi il beneficiario del diritto⁷⁸⁹. Il diritto reale del conduttore e le sue obbligazioni personali, sorti contestualmente e necessariamente interdipendenti, presentano la vocazione a una successiva circolazione congiunta, così come avverrà per il lato del locatore in caso di vendita della proprietà del fondo locato⁷⁹⁰.

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 distinti⁷⁹¹. 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, ha 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,

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.

⁷⁸⁹ 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.

⁷⁹⁰ C. Larroumet, *Droit civil, t. II: les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 460.

⁷⁹¹ W. Dross, *Droit des biens*, II ed., Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 122.

la loro contestualizzazione e spiegazione e l'eventuale ricerca in essi di spunti che si prestino a una virtuosa circolazione transfrontaliera. Peraltro, pur senza la cornice delle locazioni superficiali, anche l'interprete italiano non può mancare di riconoscere la decisiva importanza del quadro convenzionale attributivo del diritto di superficie nell'effettiva determinazione dello stesso e della sua specifica funzione nell'economia dell'operazione desiderata dalle parti⁷⁹², com'è riconosciuto anche in materia 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 titolo⁷⁹³.

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 economico⁷⁹⁴. Diversi tra loro sarebbero quindi il diritto reale di godimento sull'immobile oggetto della locazione e il diritto di proprietà superficiale, del cui sorgere l'esistenza del diritto reale di godimento fungerebbe soltanto da

⁷⁹² 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 superficiale 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 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.

⁷⁹³ 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.

⁷⁹⁴ *Cass. 3^e civ.*, 17 juill. 1997, n. 95-70038.

presupposto⁷⁹⁵. Pertanto, il diritto reale conferito al conduttore e il suo diritto di proprietario superficario, 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 godimento⁷⁹⁶. Se, nel caso dell'enfiteusi, deve effettivamente riconoscersi l'esistenza di un diritto reale altro e più ampio del diritto di superficie di cui quest'ultimo è 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 simili forme, organizzate in cornici legali differenziate, di separazione della titolarità del suolo e del soprassuolo, se da un lato dimostra le potenzialità della superficie nel moderno diritto dei beni, dall'altro, come in ogni caso di stratificazione di figure giuridiche, 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 diverse⁷⁹⁷.

A) I contratti di locazione che conferiscono un diritto reale negli usi locali di alcune regioni della Francia

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 superficario per giungere alla sua forma contemporanea.

⁷⁹⁵ 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.

⁷⁹⁶ 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.

⁷⁹⁷ 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. 405-412; 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 covenant*, era tradizionalmente utilizzato in Bretagna, dove ha un'origine consuetudinaria assai risalente nel tempo⁷⁹⁸. 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 pubblico⁷⁹⁹, si rinvia 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 annuo⁸⁰⁰, il godimento per un tempo determinato, alienando al tempo stesso (provvisoriamente) al beneficiario gli edifici e quanto altro esistente sulla superficie del fondo⁸⁰¹, già esistente o ancora da realizzare: elementi propri della locazione e della vendita si mescolano così, con una tendenziale prevalenza della prima sulla seconda, che acquista un carattere di non definitività o, meglio, di risolubilità⁸⁰². 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

⁷⁹⁸ 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 AA.VV., *Coutume, usages et pratiques: disputatio magistrorum et scholarium argentorati*, Parigi, 2015, pp. 37-39.

⁷⁹⁹ 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”.

⁸⁰⁰ V. Codice rurale, art. L431-17: “Pour tenir compte des édifices et superficies 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 superficies, 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 superficies, qu’en abandonnant au propriétaire foncier leurs édifices et superficies, auquel cas ils seront libérés envers lui”.

⁸⁰¹ G. Baudry-Lacantinerie, M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI: *des biens*, III ed., Parigi, 1905, p. 244.

⁸⁰² H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimontprez, T. Tauran, B. Traveley, *Droit rural: entreprise agricole, espace rural, marché agricole*, Parigi, 2013, p. 81.

riparatori”⁸⁰³, 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 di dare agevolmente congedo alla controparte⁸⁰⁴, bensì, a tutela di quest’ultimo, ormai sottoposto al regime degli affitti agrari⁸⁰⁵, 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 favore⁸⁰⁶, diritto al rinnovo e limitata risolubilità: nel rinvio a tali disposizioni, la legge fa salvi gli speciali diritti superficiali 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 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 fondiari 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 ripparatori”

⁸⁰³ B. Grimonprez, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, 2013, p. 10; cfr. *Cass. civ.*, 2 mai 1910, *D.*, 1913, 5, 40.

⁸⁰⁴ 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 superficies, 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”.

⁸⁰⁵ B. Grimonprez, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, 2013, p. 10.

⁸⁰⁶ V. J.-P. Moreau, *Bail à domaine congéable, bail à complant*, in *JurisClasseur: Baux ruraux*, 2013, par. 10: “La cession des édifices et superficies 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 %)”.

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 locatore⁸⁰⁷. In ogni caso, il conduttore non può essere espulso dal fondo che dopo essere stato rimborsato⁸⁰⁸. Il contratto deve soddisfare i requisiti di forma richiesti dalle norme sulla pubblicità fondiaria, realizzando un trasferimento di diritti immobiliari⁸⁰⁹. Un motivo che può tuttora in qualche misura rendere allettante tale contratto può rinvenirsi nella carente disciplina del regime dei miglioramenti, delle piantagioni e delle costruzioni realizzate del conduttore nel regime ordinario degli affitti agrari⁸¹⁰.

Il *bail à complant* ha anch'esso un'origine pre-moderna, presentandosi in una serie di varianti e denominazioni locali in diverse aree della Francia⁸¹¹, su terreni coltivati a vigna, ed è ormai di raro impiego⁸¹²: 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 realizzare⁸¹³ – 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

⁸⁰⁷ Cfr. *App. Rennes, Ch. des baux ruraux, 1 mars 2012, n. JurisData: 2012-032623*.

⁸⁰⁸ 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”.

⁸⁰⁹ H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimonprez, T. Tauran, B. Travely, *Droit rural: entreprise agricole, espace rural, marché agricole*, Parigi, 2013, p. 81.

⁸¹⁰ L. Lorvellac, F. C. Dutilleul, *Les baux ruraux*, Parigi, 1993, p. 21.

⁸¹¹ Anche con importanti differenze di regime: cfr. *Cass. req., 11 févr. 1896, D., 1896, I, 239*.

⁸¹² 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”.

⁸¹³ H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimonprez, T. Tauran, B. Travely, *Droit rural: entreprise agricole, espace rural, marché agricole*, Parigi, 2013, p. 81. La necessità 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 domiane 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.

al locatore, non tenuto a partecipare ai relativi costi⁸¹⁴, 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 il contratto ecceda i dodici anni⁸¹⁵. 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 perpetua⁸¹⁶. Il conduttore può cedere il proprio diritto; ciascuna delle parti al 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 ripiantata⁸¹⁷. 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

⁸¹⁴ Cfr. Cass. 3^e 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.

⁸¹⁵ J.-P. Moreau, *Bail à domaine congéable, bail à complant*, in *JurisClasseur: Baux ruraux*, 2013, par. 29.

⁸¹⁶ 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 *Deffrénois*, 2012, n. 21, pp. 1071-1072.

⁸¹⁷ 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 1^{er} 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".

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 l'operazione, tenuto conto delle condizioni locali e dedotta la superficie necessaria alle opere di utilizzo collettivo⁸¹⁸. 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 lavoro⁸¹⁹. 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 godimento⁸²⁰. Il lettore italiano, abituato a una nitida distinzione di nozione e di regime tra superficie ed enfiteusi potrà essere stupito della digressione, soppeso di 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

⁸¹⁸ 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”.

⁸¹⁹ V. F. Ferrara, *La superficie delle piantagioni*, in *Rivista di diritto agrario*, 1941, I, p. 113.

⁸²⁰ O. Faron, *A propos de la modernité de l'emphytéose*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Roma, 1995, pp. 9-10.

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) Origine dell'enfiteusi: 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"⁸²¹. La storia tormentata dell'istituto 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 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 possessori⁸²². 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 ampi poteri, ma senza ancora che egli fosse

⁸²¹ E. Favara, *Enfiteusi*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1964, p. 538.

⁸²² L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, p. 3.

destinatario di un obbligo di miglioramento: si discute sul carattere propriamente personale o reale del suo diritto⁸²³. 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 diffusione⁸²⁴. 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* giustiniano⁸²⁵. Già nella 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'istituto⁸²⁶.

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

⁸²³ 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 disporre con atto tra vivi, anche dandolo in usufrutto o pegno, della tutela interdittale, della possibilità d'intentare un'azione reale, quindi anche contro terzi.

⁸²⁴ 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 tenuta dei canoni".

⁸²⁵ 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*, 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".

⁸²⁶ L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 12 ss.

concettualmente l'istituto del feudo, al centro dei rapporti sociali, economici e di potere politico del periodo medievale⁸²⁷. 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 diretto⁸²⁸, a cui il concetto di enfiteusi, così legato 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'enfiteusi (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 simili⁸²⁹, quali il *bail à cense*⁸³⁰ e il *bail à rente foncière*⁸³¹, nonché

⁸²⁷ 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".

⁸²⁸ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Parigi, 2008, p. 73 .

⁸²⁹ E. Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, pp. 219 ss.

⁸³⁰ 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 seule 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 »".

⁸³¹ 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.

lo stesso feudo⁸³². Tra l'altro, il confine tra enfiteusi, superficie e locazioni di lungo periodo o perpetue si faceva molto labile, fin quasi alla scomparsa⁸³³.

b) Sopravvivenza e reviviscenza dell'enfiteusi in Francia: dal silenzio del Code civil alla consacrazione legislativa

Allontanatasi nel tempo dalla nozione di mero *ius in re aliena*, l'assimilazione dell'enfiteusi, attraverso l'elaborazione dei romanisti⁸³⁴, 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 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 perpetui⁸³⁵, 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 dominio diretto il concedente⁸³⁶; 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 distinguere concettualmente

⁸³² V. E. Pepin Le Haleur, *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."

⁸³³ L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 52 ss.

⁸³⁴ 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".

⁸³⁵ 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, malgrado la stipulazione di perpetuità, 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".

⁸³⁶ E. Pepin Le Haleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, p. 331.

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 godimento⁸³⁷. In verità, vi erano anche voci in dottrina che – con prossimità alla soluzione successivamente adottata in Italia – rileggevano l'istituto 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 locazione⁸³⁸: è invece a quest'ultimo ambito che il legislatore francese sarebbe poi giunto a ricondurlo 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 possessoria⁸³⁹. 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

⁸³⁷ C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 461.

⁸³⁸ 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.

⁸³⁹ E. Pepin Le Haleur, *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 XIX^e siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, pp. 263-273; O. Faron, *A propos de la modernité de l'emphytéose*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Roma, 1995, pp. 9 ss.

di un semplice locatario di lungo periodo⁸⁴⁰, chi poneva lo stesso in una situazione di titolarità di un diritto reale di godimento imparentato con l'usufrutto⁸⁴¹ e non assimilabile a una proprietà temporanea⁸⁴², chi ne sottolineava la sottoposizione alle regole della tradizione fatte salve le disposizioni inderogabili del *Code*⁸⁴³ e chi in aggiunta a ciò continuava a sostenere una lettura dell'istituto come forma sia pur temporanea di scissione tra dominio utile e diretto⁸⁴⁴. 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 durata⁸⁴⁵, facendo quindi della convenzione la fonte per eccellenza di tale diritto, in dottrina si discuteva anche la possibilità, come per ogni altro diritto reale, di acquistare l'enfiteusi per testamento⁸⁴⁶ o per usucapione⁸⁴⁷.

⁸⁴⁰ 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 è che una locazione di lunga durata, non essendo stata l'enfiteusi recepta nel Codice napoleonico; 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. 646 ss.

⁸⁴¹ A. Durantou, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, II ed., Parigi, 1828, pp. 70 ss.

⁸⁴² E. Pepin Le Haleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843, pp. 348 ss.

⁸⁴³ 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.

⁸⁴⁴ 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".

⁸⁴⁵ 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.

⁸⁴⁶ 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.

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 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 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 materia⁸⁴⁸. 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 reali⁸⁴⁹. 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

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.

⁸⁴⁷ 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.

⁸⁴⁸ *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.

⁸⁴⁹ *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”.

titolo di proprietario, potendone nel frattempo ampiamente disporre, fatto salvo l'esercizio dei diritti del concedente al momento dell'espiazione 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 ordinaria⁸⁵⁰. 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 diretto⁸⁵¹, ovvero in senso temporale⁸⁵² del diritto di proprietà attuata dalla locazione enfiteutica⁸⁵³ 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 disporre 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 contratto⁸⁵⁴.

⁸⁵⁰ *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.

⁸⁵¹ V. per es. *Cass. civ.*, 26 avr. 1853, D., 1853, I, 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".

⁸⁵² *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 d'opérer l'aliénation à temps de la propriété de l'immeuble donné en emphytéose"; *Cass. civ.*, 23 févr. 1853, D., 1853, I, 53.

⁸⁵³ V. M. Vidal, *Sur les incertitudes juridiques de l'emphytéose au XIX^e 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".

⁸⁵⁴ 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, I, 444.

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 dottrina⁸⁵⁵ – l'aura d'incertezza e di oscillazione che ancora poteva circondarlo⁸⁵⁶, 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 tempo⁸⁵⁷, recepiva 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 L-451-13 del Codice rurale e della pesca marittima, che compongono un titolo V all'interno del libro IV dedicato agli affitti agrari.

c) *Enfiteusi e superficie: un rapporto di lunga data*

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 realtà; entrambi caduti con il Medioevo in uno stato di relativa indistinzione delle nozioni, al punto di una certa confusione concettuale tra le due figure⁸⁵⁸; 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

⁸⁵⁵ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. VIII, III ed., Bruxelles, Parigi, 1878, pp. 429-431.

⁸⁵⁶ Pur di quando in quando riaffiorante anche in vicende giudiziarie più recenti: cfr. *Cass. 1^{re} civ.*, 5 juin 1956, *D.*, 1957, I, 495.

⁸⁵⁷ 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 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.

⁸⁵⁸ Cfr. L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 52-53.

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 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 – nel carattere di nozioni *omnibus* idonee a stirarsi, espandersi e contrarsi⁸⁵⁹ 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 reciproca⁸⁶⁰ 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*"⁸⁶¹; e spesso la costituzione ulteriore di un diritto di superficie nel caso di

⁸⁵⁹ 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".

⁸⁶⁰ A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. IV, II ed., Parigi, 1828, pp. 67 ss.

⁸⁶¹ 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

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 Codice⁸⁶²) di enfiteusi alle opere realizzate⁸⁶³. 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 del pagamento del canone 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 superficie⁸⁶⁴. 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 dominio⁸⁶⁵. Sia che si parta dal presupposto della ricostruzione monista, sia da quella dualista, sembra in ogni caso congruo mantenere i due diritti di 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

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.

⁸⁶² E. Larcher, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Parigi, 1894, pp. 158-159.

⁸⁶³ 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.

⁸⁶⁴ 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.

⁸⁶⁵ P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, p. 569.

convenzionali che possono 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 superficiali 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 superficaria sul soprassuolo o sue parti⁸⁶⁶, 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 possibilità di affrancazione e alle più ristrette utilità cedute al superficario, di cui si discuteva se fosse anch'egli tenuto al pagamento di un canone come elemento essenziale⁸⁶⁷. Sotto il codice del 1942, la separata disciplina dei 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

⁸⁶⁶ L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, p. 273.

⁸⁶⁷ 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 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.

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*⁸⁶⁸. 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 vicende storiche dell'istituto 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. Un paragrafo di messa a confronto dell'enfiteusi francese con quella italiana seguirà l'esposizione dei caratteri principali dell'istituto nei due ordinamenti. 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.

d) 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 oneroso⁸⁶⁹ e avente per oggetto solo beni immobili, disciplinato nel Codice rurale. Convivono in tale figura, in un legame indissolubile, gli aspetti di un contratto e di un diritto reale⁸⁷⁰, 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

⁸⁶⁸ A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, pp. 254-255.

⁸⁶⁹ 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.

⁸⁷⁰ 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.

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 città⁸⁷¹, dove, diffusasi in misura crescente nel corso del tempo⁸⁷², spesso ha per oggetto fondi da edificare o da adibire ad attività commerciali⁸⁷³. Si conferma così, come la dottrina francese ha pienamente compreso⁸⁷⁴, la malleabilità dello strumento, adatto a rispondere a esigenze sociali variegata, 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 sociali⁸⁷⁵, dopo l'esplosione demografica delle città. La differenza di disciplina e di 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 effimera⁸⁷⁶ – 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 interezza⁸⁷⁷. La destinazione dell'immobile e l'attività esercitativa risultano allora di per sé indifferenti ai fini della qualificazione enfiteutica della locazione⁸⁷⁸, 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

⁸⁷¹ 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.

⁸⁷² E. E. Frank, *Le bail à très long terme: l'emphytéose*, in *Administrer*, 1988, n. 187, p. 4.

⁸⁷³ J.-M. Le Masson, *Note sous Cass. 3^e civ., 10 avr. 1991, n. 89-20276*, in *D.*, 1992, J., pp. 376 s.

⁸⁷⁴ J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (I partie)*, in *Petites affiches*, n. 101, 1992, pp. 8-9.

⁸⁷⁵ C. Saint-Alary-Houin, R. Saint-Alary, *Droit de la construction*, X ed., Parigi, 2013, p. 21.

⁸⁷⁶ J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (I partie)*, in *Petites affiches*, n. 101, 1992, pp. 8-9.

⁸⁷⁷ 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.

⁸⁷⁸ *Cass. 3^e civ., 3 déc. 1980, Gaz. Pal., 1981, Panorama*, 115; *CA Bastia, Ch. civ., sect. 1, 24 oct. 2007, n. 06/341*.

tenuto ai fini del perfezionamento del titolo a presentare la relativa richiesta di autorizzazione all’Autorità amministrativa⁸⁷⁹.

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 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 enfiteutica⁸⁸⁰, 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

⁸⁷⁹ Cass. 3^e civ., 17 oct. 2004, n. 02-21314.

⁸⁸⁰ 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”.

divieto di riconduzione tacita⁸⁸¹. 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 cosa⁸⁸² e alle stesse forme e condizioni, con specifiche disposizioni in caso di appartenenza a minori o maggiorenni sotto tutela. Sviluppando l'analogia 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 la propria enfiteusi, ai fini della rescindibilità per lesione oltre i sette dodicesimi del contratto di cessione, possono essere assimilabili al venditore d'immobili⁸⁸³. 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 giurisprudenziali⁸⁸⁴, come un diritto di proprietà temporaneo sul terreno,

⁸⁸¹ Cass. 3^e civ., 11 juill. 2007, 06-14214. Ma il divieto ha carattere derogabile secondo *CA Limoges, 1^{re} civ., 26 juin 2003, Constr.-urb., 2004, n. 5, 15*, che afferma la compatibilità con la qualificazione di locazione enfiteutica della clausola di un contratto, di durata trentennale, che rende lo stesso rinnovabile per tacita riconduzione a condizione espressa di mantenersi attività commerciali o industriali; osserva D. Sizaire, nella nota a tale sentenza (p. 15), che “si l'on admet qu'une prorogation expresse est possible malgré les termes de l'article L451-1 [...], pourquoi ne le serait-ce pas d'une reconduction expressément convenue dans le contrat de bail? Cependant, on devrait semble-t-il considérer que cette reconduction tacite conventionnelle ne peut permettre de dépasser au total 99 ans, durée maximum fixée par le même deuxième alinéa de l'article L451-1”. Per un'affermazione del principio che esclude la riconduzione tacita in materia di locazione enfiteutica, prima ancora dell'intervento del legislatore, cfr. *CA Douai, 8 févr. 1878, S., 1881.2.260*.

⁸⁸² Quindi, per esempio, non l'usufruttuario.

⁸⁸³ 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.

⁸⁸⁴ Cass. civ., 1 avr. 1840, S., 1840, I, 433.

laddove invece il conduttore sarà effettivamente proprietario temporaneo delle costruzioni che ha edificato⁸⁸⁵.

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 proprietario⁸⁸⁶, 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 economico dell'immobile nelle sue potenzialità⁸⁸⁷, 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 commerciali⁸⁸⁸. La durata estremamente lunga del contratto, la realtà 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 vantaggi⁸⁸⁹.

e) Rapporto con le disposizioni generali in tema di locazioni

La locazione enfiteutica, attribuita al conduttore, per un lungo periodo di tempo, di un diritto reale che assorbe ampiamente le attribuzioni dominicali e il rischio dell'investimento, differisce profondamente dalle comuni locazioni d'immobili ed è conseguentemente sottratta all'applicazione delle loro regole, trovando la propria

⁸⁸⁵ H. Périnet-Marquet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé*, in *RDI*, n. 1, 2009, p. 17.

⁸⁸⁶ F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, III ed., Parigi, 2008, p. 460, Cfr. *Cass. 3^e civ.*, 5 déc. 2001, n. 99-20.871.

⁸⁸⁷ E. E. Frank, *Le bail à très long terme: l'emphytéose*, in *Administrer*, 1988, n. 187, p. 2.

⁸⁸⁸ J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 2.

⁸⁸⁹ C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 463.

disciplina negli articoli a essa dedicati del codice rurale e nella convenzione delle parti, con un ruolo importante della giurisprudenza nella precisa definizione dei confini dell'istituto⁸⁹⁰. 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 enfiteusi⁸⁹¹. 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 fondiaria⁸⁹², per realizzare la quale il contratto deve essere redatto sotto la forma di atto pubblico⁸⁹³.

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*⁸⁹⁴. Per il resto, la suprema giurisdizione francese ha escluso tanto l'applicazione degli articoli L411-11 e seguenti del Codice rurale, che riguardano le regole sul prezzo degli affitti agrari⁸⁹⁵, quanto le regole dello stesso codice che dispongono stringenti limitazioni al subaffitto⁸⁹⁶.

⁸⁹⁰ J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 3.

⁸⁹¹ *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".

⁸⁹² 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. 3^e civ.*, 29 janv. 1992, n. 90-16346; *Cass. 3^e civ.*, 19 juill. 1995, n. 93-17316.

⁸⁹³ *Décret* del 4 gennaio 1955, n. 55-22, art. 4.

⁸⁹⁴ *Cass. 3^e civ.*, 16 juill. 1975, *D.*, 1975, *IR*, 204.

⁸⁹⁵ *Cass. 3^e civ.*, 15 mai 1970, *D.*, 1970, *I*, 773; *Cass. 3^e civ.*, 4 mai 1983, *JCP N*, 1984, *II*, 17.

⁸⁹⁶ 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

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. La 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*⁸⁹⁷, che, discostandosi da una giurisprudenza precedente⁸⁹⁸, 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*⁸⁹⁹.

f) L'ampia libertà delle parti e gli elementi essenziali del contratto

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

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. 1^{re} civ.*, 12 juin 2013, n. 12-11724.

⁸⁹⁷ *Cass. 3^e civ.*, 19 févr. 2014, n. 12-19270. V. anche *Cass. 3^e civ.*, 4 févr. 2016, n. 15-21381; *Cass. 3^e civ.*, 8 sept. 2016, nn. 15-21381 e 15-22374.

⁸⁹⁸ *Cass. com.*, 10 juill. 1957, *Bull. civ. III*, n. 225; *Cass. com.*, 11 juill. 1961, *Bull. civ. III*, n. 322; *Cass. 3^e civ.*, 11 juin 1986, n. 84-17222.

⁸⁹⁹ Cfr. C. Blondin, *Coup de canon sur l'emphytéose !*, in *Revue Lamy droit des 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.

l'articolo L451-3⁹⁰⁰. 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 parti⁹⁰¹. È un'impostazione che si allontana molto dalla maggior parte delle figure di locazione del diritto francese contemporaneo⁹⁰², 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 pretoria⁹⁰³, non solo, come ovvio, nella frode alla legge e alle prescrizioni urbanistiche⁹⁰⁴, 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 litigio⁹⁰⁵, senza essere vincolato dalla denominazione propostane dalle parti⁹⁰⁶: gli è pertanto consentito tanto di riquilibrare come

⁹⁰⁰ 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 sub-locazione di locali a uso abitativo), da un'argomentazione testuale, sembrano avere carattere inderogabile.

⁹⁰¹ Cfr. *Cass. soc.*, 14 mai 1956, *Bull. civ. IV*, n. 453.

⁹⁰² H. Périnet-Marquet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé*, in *RDI*, n. 1, 2009, p. 18.

⁹⁰³ 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.

⁹⁰⁴ *Cass. 3^e civ.*, 27 nov. 2002, n. 01-11530; *CE*, 30 déc. 2002, n. 232584.

⁹⁰⁵ Diversamente, in *CA Paris*, 6^e Ch., sect. B, 27 oct. 1995, *RDI* 1996, p. 256, il giudice non riquilibrava 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. 3^e civ.*, 24 sept. 2014, n. 13-22357.

⁹⁰⁶ 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. 3^e civ.*, 15 mai 1970, *D.*, 1970, I, 773.

enfiteutica una locazione non espressamente denominata tale dalle parti⁹⁰⁷, 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 parti⁹⁰⁸. 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'ipoteca⁹⁰⁹.

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 imposto dalla legge⁹¹⁰ 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'immobile⁹¹¹, o, senza ulteriori specificazioni, allo scadere di ogni periodo triennale⁹¹². Nello stesso senso, 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 pronunciare 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 del canone⁹¹³. Significativamente, enfatizzando

⁹⁰⁷ Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994, n. 92-15274.

⁹⁰⁸ Cass. 3^e civ., 28 nov. 1972, n. 71-11976; Cass. 3^e civ., 13 mai 1998, nn. 96-13586 e 96-14076; Cass. 3^e civ., 7 avr. 2004, n. 02-19870; CA Versailles, 1^{re} Ch., 1^{re} sect., 29 nov. 1990, Gaz. Pal. 1995, I, somm. 63.

⁹⁰⁹ Cfr., *ex ceteris*, Cass. com., 10 juill. 1957, Bull. civ. III, n. 225; Cass. 3^e civ., 15 mai 1970, D., 1970, I, 773; Cass. 3^e civ., 15 mai 1991, n. 89-20008; Cass. 3^e civ., 13 mai 1998, nn. 96-13586 e 96-14076; Cass. 3^e civ., 5 déc. 2001, n. 99-20.871; Cass. 3^e civ., 7 avr. 2004, n. 02-19870.

⁹¹⁰ Cass. 3^e civ., 29 avr. 1997, n. 95-18451.

⁹¹¹ Cass. 3^e civ., 15 mai 1991, n. 89-20008.

⁹¹² CA Paris, 6^e Ch., sect. B, 25 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982, I, Jurisprudence, 207.

⁹¹³ Cass. 3^e 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 *Cou 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

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 convenzione⁹¹⁴.

Ancora, elemento essenziale ai fini della qualificazione enfiteutica di una locazione è stata ritenuta la sua libera cedibilità⁹¹⁵, 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 cessione⁹¹⁶ o le subordinavano all'approvazione del concedente⁹¹⁷, ma anche che prescrivevano l'approvazione del concedente alla cessione solo in caso di modifica dell'attività commerciale prevista⁹¹⁸, o persino che stabilivano una mera responsabilità solidale del primo conduttore con il suo

nécessaires à l'exploitation d'un casino, il est entendu que le présent bail n'aura aucun effet": *Cass. 3^e civ.*, 8 sept. 2016, nn. 15-21381 e 15-22374.

⁹¹⁴ 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. 3^e civ.*, 14 nov. 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".

⁹¹⁵ *Cass. 3^e 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.

⁹¹⁶ *Cass. req.*, 6 mars 1861, *D.*, 1861, *I*, 417; *Cass. 3^e civ.*, 15 mars 1983, n. 82-10399.

⁹¹⁷ *Cass. 3^e civ.*, 28 nov. 1972, n. 71-11976; *Cass. 3^e civ.*, 7 avr. 2004, n. 02-19870; *CA Versailles, 1^{re} Ch.*, 1^{re} sect., 29 nov. 1990, *Gaz. Pal.* 1995, *I*, somm. 63; *contra*, *Cass. 1^{re} civ.*, 6 juillet 2011, n. 10-23430.

⁹¹⁸ *Cass. 3^e 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 dès 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. 3^e civ.*, 29 avr. 2009, n. 08-10944.

cessionario o sub-conduttore⁹¹⁹. Anche questa giurisprudenza, nel solco nella tradizione storica dell'istituto, mette in risalto il carattere reale del diritto dell'enfiteuta⁹²⁰. Il conduttore può cedere tanto il proprio diritto reale 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 enfiteusi⁹²¹.

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 entità⁹²²: 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'ultimo⁹²³. In generale, l'accordo deve abilitare l'enfiteuta, senza necessità di autorizzazione del concedente, allo svolgimento dei lavori di miglioria che ritenga opportuni⁹²⁴. 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 industriali⁹²⁵. Non ha allora carattere enfiteutico l'accordo che neghi al

⁹¹⁹ Cass. 3^e civ., 3 oct. 1991, n. 90-15889.

⁹²⁰ E per questo è criticata da J.-M. Le Masson, *Note sous Cass. 3^e 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 de que le bailleur puisse 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".

⁹²¹ V. J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, n. 103, 1992, p. 6.

⁹²² Cass. soc., 6 mai 1964, *JCP*, 1964, II, n. 13831; Cass. 3^e civ., 9 janv. 2008, n. 07-12081.

⁹²³ Cass. 3^e civ., 7 oct. 1992, n. 89-19227.

⁹²⁴ Cass. 3^e civ., 3 oct. 1991, n. 90-15889; *contra*, CA Paris, 6^e 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.

⁹²⁵ Cass. 3^e civ., 3 déc. 1980, *Gaz. Pal.*, 1981, *Panorama*, 115; Cass. 3^e civ., 13 mai 1998, nn. 96-13586 e 96-14076.

conduttore, senza consenso espresso e scritto del locatore, la facoltà d'impiantare nel fondo attività di commercio diverse da quelle inizialmente esercitate⁹²⁶.

La modicità del canone è oggetto da parte della giurisprudenza di variabile considerazione, spesso come argomentazione *ad adiuvandum*⁹²⁷ o decisiva per statuire sulla qualificazione del contratto⁹²⁸, tuttavia, senza un indirizzo univoco definitivamente consolidatosi, in qualche occasione valutando come modici canoni anche significativi⁹²⁹, mentre altre volte apprezzando la modicità con maggiore severità⁹³⁰, altrove ancora persino astenendosi dall'indagine sul punto, non ritenendolo una condizione essenziale dell'enfiteusi⁹³¹. Può osservarsi in queste oscillazioni, come la dottrina più accorta non ha mancato di osservare⁹³², 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 giudici un indizio ai fini della qualificazione del contratto⁹³³ – 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

⁹²⁶ Cass. 3^e civ., 12 déc. 1978, D., 1979, IR, 220; Cass. 3^e civ., 3 oct. 1991, n. 90-15889.

⁹²⁷ Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994, n. 92-15274; CA Bastia, Ch. civ., sect. 1, 24 oct. 2007, n. 06/341.

⁹²⁸ Cass. soc., 14 mai 1956, Bull. civ. IV, n. 453; Cass. 3^e civ., 5 déc. 2001, n. 99-20.87.

⁹²⁹ Fino alla metà di un normale affitto agrario in Cass. soc., 6 mai 1964, JCP, 1964, II, n. 13831; v. anche Cass. 3^e civ., 15 mai 1970, D., 1970, I, 773.

⁹³⁰ Cass. 3^e civ., 3 oct. 1991, n. 90-15889.

⁹³¹ CA Paris, 6^e 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. 3^e civ., 11 juin 1986, n. 84-17222, la Corte sembra eludere e ignorare l'argomentazione del ricorrente che contesta la non modicità del canone.

⁹³² Sulle oscillazioni della giurisprudenza, v. J.-M. Le Masson, *Note sous Cass. 3^e 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 nella 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.

⁹³³ Cass. soc., 6 mai 1964, JCP, 1964, II, n. 13831.

fondo come un buon padre di famiglia⁹³⁴. 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'ultimo⁹³⁵. 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 vigilante 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 pur molto ampie e adattabili che possono caratterizzare tale figura contrattuale. In ogni caso, le interpretazioni più restrittive dei requisiti essenziali delle locazioni attributive di un diritto reale ne rendono senz'altro più ardua la distinzione da una locazione comune⁹³⁶.

g) La disciplina del rapporto e il problema delle locazioni concesse dall'enfiteuta

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

⁹³⁴ 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. 3^e 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. 3^e civ.*, 3 oct. 1991, n. 90-15889; *CA Aix-en-Provence*, Ch. 4, 20 oct. 1987, n. *JurisData* 1987-048848.

⁹³⁵ 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.

⁹³⁶ V. P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, VIII ed., Issy-les-Moulineaux, 2016, pp. 367-368.

parziale del fondo, né in caso di sua sopravvenuta sterilità o di mancanza del raccolto per caso fortuito⁹³⁷; non può neanche liberarsi dei suoi obblighi attraverso il rilascio del fondo⁹³⁸.

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'immobile⁹³⁹, 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 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 convenzione⁹⁴⁰. Il solo conduttore ha diritto di caccia e pesca sul fondo, mentre su

⁹³⁷ *Cass. 3^e civ., 15 mai 1970, D., 1970, I, 773.*

⁹³⁸ 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.

⁹³⁹ *Cfr. Cass. 3^e civ., 15 déc. 2016, n. 15-22416.*

⁹⁴⁰ Nulla specifica la disciplina della locazione enfiteutica e delle altre locazioni superficiali sulle servitù attive e passive sul fondo preesistenti alla locazione; è in ogni caso particolarmente importante che il conduttore ne abbia completa conoscenza, attraverso gli strumenti della pubblicità fondiaria, ma anche con la presenza di adeguate precisazioni nel contratto: v. V. Zalewski-Sicard, *Servitudes et baux conférant un droit réel*, in *Constr.-Urb.*, 2015, n. 11, p. 15: "S'il s'avère que la découverte ou l'inexistence d'une servitude empêche le preneur de réaliser l'opération projetée [...], deux situations pourraient être distinguées : la première est celle où la découverte ou l'inexistence de la servitude ne fait pas obstacle à la réalisation de l'opération : les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité peuvent alors être invoquées utilement, sauf, bien entendu, mauvaise foi du bailleur ; la seconde est celle où la découverte ou l'inexistence de la

miniére, cave e torbiere esercita gli stessi diritti dell'usufruttuario⁹⁴¹; può giovare della protezione tanto possessoria quanto petitoria. L'enfiteuta beneficia dell'accessione nel corso di tutto il periodo di durata del contratto, nel quale è pertanto proprietario delle costruzioni e piantagioni che ha effettuato. Si costituisce quindi un diritto di superficie in suo favore, che si sovrappone e funge da accessorio al diritto reale di godimento (l'enfiteusi) già conferito dalla convenzione⁹⁴². A differenza che nel *bail à construction* e nelle altre locazioni superficiali 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, 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 serie di locazioni superficiali 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

servitude fait obstacle à la réalisation de l'opération, auquel cas la clause ne peut être opposée au preneur et ce dernier peut alors obtenir la résolution du bail avec éventuellement le versement de dommages et intérêts"; cfr. (con riferimento a un *bail à construction*) Cass. 3^e civ., 25 mars 2015, n. 13-25309.

⁹⁴¹ Cfr. art. 598 del *Code civil*, nella disciplina dei diritti dell'usufruttuario: "Il jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit ; et néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du Président de la République.

Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit".

⁹⁴² 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.

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 concedente⁹⁴³.

L'enfiteuta beneficia dunque di obblighi particolarmente severi e di 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 fondo⁹⁴⁴ – ma anche di diritti molto ampi. 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 rinunciando 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 locazione, come anche il canone; altre clausole possono imporre al locatario vari obblighi d'investimento⁹⁴⁵.

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

⁹⁴³ J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, n. 103, 1992, p. 9.

⁹⁴⁴ 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.

⁹⁴⁵ C. Larroumet, *Droit civil, t. II: les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 464.

commerciante non è dovuta alcuna indennità di mancato rinnovo⁹⁴⁶: nessuno può infatti, secondo un basilare principio giuridico, trasferire un diritto più ampio di quello di cui sia egli stesso titolare⁹⁴⁷. 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-enfiteusi⁹⁴⁸.

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 1 settembre 1948⁹⁴⁹, 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 contributi sociali per gli alloggi. Tale legislazione, avente scopi di solidarietà sociale, aveva infatti diversi presupposti di applicazione, indipendenti dalla situazione giuridica dell'immobile⁹⁵⁰. Recentemente, con la legge n. 2014-366 del 24 marzo 2014⁹⁵¹, 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 godimento del bene per la durata del contratto di leasing, potendo concedere, al suo

⁹⁴⁶ Cass. com., 27 juin 1963, Bull. civ. III, n. 340; Cass. 3^e civ., 9 févr. 2005, n. 03-17065.

⁹⁴⁷ C. Blondin, *Coup de canon sur l'emphytéose !*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2014, n. 94, p. 22.

⁹⁴⁸ J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 5.

⁹⁴⁹ Cass. 3^e civ., 21 déc. 1993, n. 91-13551.

⁹⁵⁰ J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 5.

⁹⁵¹ 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).

termine, l'opzione di acquisto del solo diritto di cui dispone, ovvero la 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 costruzioni⁹⁵².

h) Fine del rapporto

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 utilità⁹⁵³, pone fine al contratto e al diritto reale da esso conferito. In mancanza di pagamento per due anni consecutivi, il concedente è autorizzato, dopo un'ingiunzione rimasta senza effetto, a far pronunciare 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 fondo⁹⁵⁴. Tuttavia, secondo le circostanze, il giudice può accordare un'ulteriore scadenza. In caso di risoluzione, i diritti reali costituiti dall'enfiteuta si estinguono immediatamente⁹⁵⁵. 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 gravità⁹⁵⁶.

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

⁹⁵² Cfr. *CA Paris, 15^e Ch., sect. B, 31 oct. 2002, Constr.-urb., n. 3, 2003, p. 16.*

⁹⁵³ In caso di espropriazione, l'enfiteuta ha diritto a un'indennità distinta da quella del proprietario: F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 828; cfr. *Cass. 3^e 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. 3^e civ., 28 janv. 2015, n. 13-11884*.

⁹⁵⁴ 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. 3^e civ., 16 juill. 1986, Revue des loyers, 1986, 427.*

⁹⁵⁵ J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2006, p. 4.

⁹⁵⁶ J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (I partie)*, in *Petites affiches*, n. 101, 1992, p. 10.

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 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 convenute⁹⁵⁷. 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'espiazione della prima locazione, rispetto a cui la seconda rappresenta un nuovo e distinto contratto⁹⁵⁸.

C) Bail à construction

a) Regolamentazione e genesi

Il *bail à construction* è stato introdotto dalla legge n. 64-1247 del 16 dicembre 1964, seguita dal decreto applicativo n. 64-1321 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'enfiteusi⁹⁵⁹ 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 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

⁹⁵⁷ E. E. Frank, *Le bail à très long terme: l'emphytéose*, in *Administrer*, 1988, n. 187, p. 4.

⁹⁵⁸ *Cass. 3^e civ.*, 7 oct. 2009, n. 08-14962.

⁹⁵⁹ 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.

alternativa alla via della pura e semplice espropriazione amministrativa e all'impiego di altri strumenti autoritativi⁹⁶⁰, 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 costruzione⁹⁶¹, per invogliare gli stessi a concedere i terreni a valori inferiori a quelli (speculativi) di mercato; queste operazioni erano pure incentivate con benefici fiscali⁹⁶². 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 effettuate, 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 locali⁹⁶³, a meno che il contratto stesso non sia complessivamente volto all'aggiramento del diritto di prelazione previsto dal

⁹⁶⁰ 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.

⁹⁶¹ 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 AA.VV., *Etudes de droit contemporain: contributions françaises aux IIIe et IVe Congrès internationaux de Droit Comparé*, vol. II, Parigi, 1959, pp. 1 ss.

⁹⁶² 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. 1-5.

⁹⁶³ 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.

legislatore⁹⁶⁴. Nell'insieme, 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 città⁹⁶⁵, 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 temporanea⁹⁶⁶, nonché con la loro diffidenza verso un istituto antico e misterioso quale la superficie⁹⁶⁷. Eppure, il *bail à construction* è sopravvissuto all'abrogazione delle stesse disposizioni urbanistiche della legge che lo aveva istituito, trovando un'ampia gamma di utilizzi anche lontani dalle originarie previsioni del legislatore.

b) Finalità del contratto e natura del diritto conferito

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 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 conduttore⁹⁶⁸, quali in particolare gli immobili costruiti o titoli

⁹⁶⁴ Cass. 3^e civ., 27 nov. 2002, n. 01-11530.

⁹⁶⁵ 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.

⁹⁶⁶ D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, in *Gaz. Pal.*, 1974, I, *Jurisprudence*, pp. 438-439.

⁹⁶⁷ J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, p. 83.

⁹⁶⁸ *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'ampia bibliografia, tra cui B. Mortier, *La fiscalité du bail à construction*, in *JCP N*, 1997, *Pratique*, n. 4027, pp. 629 ss.; T. Schmitt, *Convergences et divergences: le bail à construction à l'épreuve du droit fiscal*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur du doyen Geroges 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.

consegnati come prezzo della locazione⁹⁶⁹ ovvero le costruzioni realizzate che tornano senza indennità al locatore alla fine del rapporto⁹⁷⁰) e nell'esonero dalla tassa di pubblicità fondiaria⁹⁷¹ e dalla tassa sul valore aggiunto⁹⁷². 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 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'interessi⁹⁷³. 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

⁹⁶⁹ 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. [...]”.

⁹⁷⁰ 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.

⁹⁷¹ V. *Code général des impôts*, art. 743.

⁹⁷² Come disposto in generale dall'articolo 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.

⁹⁷³ 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.

piena maturità⁹⁷⁴. Il *bail à construction* è stato anche utilizzato nel quadro di operazioni di costruzione in volumi⁹⁷⁵. 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 rapporto⁹⁷⁶. Più in generale, le 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 esclusiva⁹⁷⁷. Infine, come si vedrà, il *bail à construction* può trovare impieghi in vista della realizzazione d'immobili in comproprietà, facilitando il finanziamento dell'operazione⁹⁷⁸. 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 predisposti⁹⁷⁹. Nella maggior parte dei casi, il conduttore non

⁹⁷⁴ B. Boniface, *Une technique de gestion des biens du mineur: le bail à construction*, in *Rép. Defrénois*, 1995, I, pp. 475 ss.

⁹⁷⁵ 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 AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103^e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, p. 359.

⁹⁷⁶ C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. 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 superficaria*, ne *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015*, ne *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.

⁹⁷⁷ H. Périnet-Marquet, *Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque*, in *RDI*, 2010, pp. 352 ss.

⁹⁷⁸ R. Saint-Alary, *Baux à construction et copropriété*, in AA.VV., *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Tolosa, 1996, pp. 659 ss.

⁹⁷⁹ Per un esempio, v. J.-L. Bourgois, *Etude 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,

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 convenuti⁹⁸⁰.

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, a edificare costruzioni sul terreno del locatore⁹⁸¹ 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 anni⁹⁸²) e senza che possa essere prorogato per tacita riconduzione⁹⁸³. 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 immobiliare⁹⁸⁴: 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

moyennant un loyer de 1 franc symbolique. Sur la partie non à bâtir, les deux associations pensent signer un commodat”.

⁹⁸⁰ H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, p. 178.

⁹⁸¹ 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.

⁹⁸² 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.

⁹⁸³ V. *Cass. 3^e 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 originaires convenues, ses conséquences à la date initialement fixée pour son expiration quels que soient les accords ultérieurs”.

⁹⁸⁴ 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”.

convenuti – il quale ne resta garante solo fino al completamento dell'insieme delle costruzioni che il primo locatario si è impegnato a edificare⁹⁸⁵. Il conduttore 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 costruire⁹⁸⁶. 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 terzi⁹⁸⁷ e suscettibile d'ipoteca. Le parti possono convenire i propri rispettivi diritti di proprietà sulle costruzioni già 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 effettuati; in dottrina, nell'interpretare tale disposizione, si distingue tra le costruzioni edificate e quelle preesistenti, ritenendo che queste ultime, che (se non escluso dall'accordo) il conduttore può

⁹⁸⁵ 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 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".

⁹⁸⁶ 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 vanta 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 AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1957, p. 489.

⁹⁸⁷ 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.

demolire per ricostruire, restino in assenza di pattuizione di proprietà del locatore⁹⁸⁸. Il diritto reale conferito dal *bail à construction* altro non è che un diritto di superficie⁹⁸⁹, 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 superficie⁹⁹⁰, che, secondo l'accordo tra le parti, potrà estendersi anche sugli edifici preesistenti, attribuendone al conduttore la proprietà temporanea⁹⁹¹. Altrimenti detto, il *bail à construction* è un'estrinsecazione "pura" e immediata del diritto di superficie⁹⁹² – da intendersi in una più moderna concezione unitaria tanto come diritto sulla costruzione già edificata che come diritto reale d'innalzare la stessa⁹⁹³ – sia pure incastonato in un rapporto di locazione, delle cui

⁹⁸⁸ 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 dichiara di volere cominciare l'attività edificatoria: costruzioni, piantagioni e alberi non ricadono infatti nell'oggetto del diritto del superficiario".

⁹⁸⁹ H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 177-179.

⁹⁹⁰ G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Parigi, 1995, p. 236.

⁹⁹¹ 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 AA.VV., *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Parigi, 2007, p. 20; una ricostruzione meno nitida della fisionomia 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 [...]".

⁹⁹² J.-L. Bergel, *L'accession différée en matière immobilière*, in AA.VV., *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Parigi, 2007, p. 20; non sembra da accogliere, sulla base di una riflessione sulla funzione economico-sociale dell'istituto, nonché in quanto crea più complicazioni di quante ne risolve, 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, 414-415; C. Larroumet, *Droit civil, t. II: les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 465.

⁹⁹³ 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

vicende esso risente ed è influenzato. E' una manifestazione del diritto di superficie temporanea o eventualmente perpetua, secondo l'accordo che regola la sorte delle costruzioni alla fine del rapporto.

c) Differenza tra bail à construction e bail emphytéotique

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 nell'attribuzione di 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 commerciali in ambienti sotterranei, cantine, parcheggi, ecc.⁹⁹⁴). Tuttavia, le finalità dei due contratti, seppure non distanti, non coincidono e il loro regime, pur presentando analogie, non è affatto sovrapponibile, 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 locazione⁹⁹⁵. 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 contrattuali⁹⁹⁶. Alla base della distinzione tra le due figure giuridiche sta, secondo i giudici, il loro diverso incentrarsi su un'operazione di miglioramento del

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. 3^e civ., 16 mai 2001, n. 98-70142*.

⁹⁹⁴ 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*.

⁹⁹⁵ 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. 3^e civ., 11 mai 1988, n. 86-19563* non applica la disciplina sul regime applicabile alle clausole risolutorie prevista per le locazioni commerciali.

⁹⁹⁶ *Cass. 3^e civ., 11 juin 1986, n. 84-17222; App. Paris, 24 févr. 2005, Ch. 34, sect. B, n. JurisData: 2005-267065*.

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 costruire⁹⁹⁷, mentre è un *bail à construction* il contratto che pone in capo al conduttore proprio l'obbligo di costruire⁹⁹⁸, magari prevedendo anche in dettaglio le opere di costruzione da svolgere⁹⁹⁹.

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 remunerazione principale del concedente consta della plusvalenza apportata¹⁰⁰⁰. 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 remunerazione 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 costituite¹⁰⁰¹. In definitiva, i due contratti sono relativamente simili per quanto concerne i diritti conferiti al conduttore, differenziandosi invece significativamente in merito alla sua obbligazione

⁹⁹⁷ Cass. 3^e civ., 11 juin 1986, n. 84-17222; Cass. 3^e civ., 8 sept. 2016, nn. 15-21381 e 15-22374.

⁹⁹⁸ 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.

⁹⁹⁹ *App. Paris*, 6 sept. 2000, Ch. 16, sect. A, n. *JurisData*: 2000-124914.

¹⁰⁰⁰ Cass. 3^e civ., 5 déc. 2001, n. 99-20.871; *CA Aix-en-Provence*, Ch. 4, 20 oct. 1987, n. *JurisData* 1987-048848.

¹⁰⁰¹ J. Viatte, *Bail à construction et bail emphytéotique*, in *Revue des loyers*, 1966, pp. 90 ss.

essenziale¹⁰⁰². Voci in dottrina auspicano un accorpamento degli istituti, individuando una tendenza a una certa loro assimilazione nel diritto vivente e sollecitando di favorire 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 miglioramenti¹⁰⁰³. Resta da capire quali conseguenze comporterebbe una simile scelta sul regime delle enfiteusi rustiche, non imperniate sull'edificazione del fondo.

d) Elementi essenziali

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 diritto¹⁰⁰⁴, con obbligo di garanzia del primo conduttore, e per la possibilità di consentire le servitù passive indispensabili per costruire¹⁰⁰⁵; così è anche per la

¹⁰⁰² J. Viatte, *Bail à construction et bail emphytéotique*, in *Revue des loyers*, 1966, p. 96.

¹⁰⁰³ J.-L. Tixier, *Bail emphytéotique et bail à construction: leurs différences sont-elles encore justifiées ?*, in *RDI*, 2010, p. 513; per una 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. 405-412; 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.

¹⁰⁰⁴ V. Cass. 3^e 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 vivente)*, 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. Nardoza, *La superficie*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1998, p. 98; G. Musolino, *La superficie. Contenuto del diritto e poteri del proprietario e del proprietario del suolo*, in *Rivista del notariato*, 2015, II, pp. 791 ss.

¹⁰⁰⁵ Le parti possono però stabilire convenzionalmente un diverso regime per le servitù passive diverse da quelle indispensabili per la realizzazione delle costruzioni: Cass. 3^e civ., 16 juill. 1998, n. 96-21180.

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 commerciali¹⁰⁰⁶, 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 costruzioni¹⁰⁰⁷, 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 contratto¹⁰⁰⁸, ma, in caso di accordo per una sua permanenza in proprietà del conduttore, anche mirante a evitare un acquisto della costruzione a vile prezzo¹⁰⁰⁹, 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

¹⁰⁰⁶ *Ex ceteris*, v. Cass. 3^e civ., 20 mai 1992, *Gaz. Pal.*, 1992, II, *Panorama*, 243; CA Paris, 16^e Ch., sect. B, 8 nov. 1990, *RDI*, 1991, 71.

¹⁰⁰⁷ Senza che la qualificazione di locazione volta alla costruzione sia inficiata dalla clausola secondo la quale al termine del contratto il conduttore è tenuto a 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. 3^e civ., 30 janv. 2008, n. 06-21292; v. anche Cass. 3^e 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 remunerazione del locatore: J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, p. 88.

¹⁰⁰⁸ Osservano sul punto 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: "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".

¹⁰⁰⁹ D. de Lataulade, A. Boquet, *L'avenir du bail à construction*, in *Gaz. Pal.*, 1974, *Jurisprudence*, I, p. 437.

conduttore un esplicito dovere di costruire, sia stipulato in vista di un'opera di costruzione, anche concedendo soltanto una facoltà di edificare¹⁰¹⁰.

In secondo luogo, è essenziale il carattere reale immobiliare del diritto conferito¹⁰¹¹, 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 scrupolosamente alla distinzione in clausole suppletive e di ordine pubblico quali qualificate dallo stesso testo della legge, ha tuttavia 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 contratto¹⁰¹², il patto che vincolava al gradimento del locatore un cambiamento dell'attività svolta sul bene dal conduttore¹⁰¹³, nonché l'accordo che escludeva proprio ogni utilizzo del terreno diverso da quello contrattualmente previsto¹⁰¹⁴. 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 della giurisprudenza francese 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 materia civilistica della suprema giurisdizione che, in presenza peraltro d'importanti incentivi fiscali in dipendenza della conclusione di un tale contratto, sembra disconoscere 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

¹⁰¹⁰ 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".

¹⁰¹¹ 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.

¹⁰¹² *Cass. 3^e civ.*, 5 déc. 2007, *JCP*, 2008, II, n. 10102; *App. Aix-en-Provence*, 5 févr. 2013, n. 10/13039, *RDI*, 2013, 322.

¹⁰¹³ *Cass. 3^e civ.*, 7 avr. 2004, n. 02-16283.

¹⁰¹⁴ *Cass. 3^e civ.*, 5 nov. 2008, n. 07-18174.

della figura contrattuale in una miriade disorientante di operazioni prive di punti di contatto¹⁰¹⁵. Viene da chiedersi se tale orientamento, peraltro difforme da quanto riscontrato per la locazione enfiteutica, rischi di travolgere persino il connotato essenziale della realtà del diritto conferito¹⁰¹⁶, 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 analizzati¹⁰¹⁷. Anche in questo caso, tale ricostruzione, 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 parti¹⁰¹⁸. La *Cour de Cassation*, in una controversia in materia fiscale, ha anche esaminato il diverso caso di un contratto concluso per una durata rientrante nel periodo indicato dalla legge, ma risolto di comune accordo, con il pagamento di un'indennità da parte del conduttore, prima del trascorrere dei 18 anni: la suprema giurisdizione francese ha ritenuto che l'anticipata risoluzione non inficiasse la natura del contratto concluso, di cui permaneva la differenza da un'ordinaria locazione avente per oggetto principale il conferimento del godimento temporaneo di un bene contro pagamento di un canone, ma che piuttosto lo scioglimento del vincolo desse vita a una situazione particolare da apprezzare con riguardo alle condizioni previste dall'accordo di risoluzione e all'insieme degli effetti conseguenti¹⁰¹⁹. Il contratto può inoltre essere sottoposto a condizioni sospensive¹⁰²⁰,

¹⁰¹⁵ V. R. Vabres, *Bail à construction et liberté contractuelle*, note sous Cass. 3^e 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”.

¹⁰¹⁶ R. Vabres, *Bail à construction et liberté contractuelle*, note sous Cass. 3^e civ., 5 déc 2007, in *JCP*, 2008, *Jurisprudence*, n. 10102.

¹⁰¹⁷ C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, pp. 5-6.

¹⁰¹⁸ *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.

¹⁰¹⁹ Tra cui, appunto, quello di trasferire al locatore la proprietà delle costruzioni effettuate dal conduttore, con applicazione delle disposizioni fiscali sui trasferimenti d'immobile, assumendo come

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 maggiore¹⁰²¹.

e) Obblighi e diritti delle parti

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, soggetta a prescrizione quinquennale¹⁰²²; 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 degli immobili realizzati, che avrebbe dovuto poi locare ancora allo stesso conduttore, ma per un prezzo anche significativo¹⁰²³. Conformemente all'articolo L251-5, il prezzo della locazione nel corso del tempo può essere tanto in natura 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 natura¹⁰²⁴, 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,

base imponibile l'indennità dovuta dal proprietario del fondo: *Cass. com.*, 24 juin 1997, n. 95-13038, *RDI*, 1998, p. 191.

¹⁰²⁰ *Cass. 3^e civ.*, 20 oct. 2010, 09-69645; *Cass. 3^e civ.*, 12 janv. 2011, n. 09-17068.

¹⁰²¹ *Cass. 3^e civ.*, 1 juin 2011, n. 09-70502.

¹⁰²² *Cass. 3^e civ.*, 21 sept. 2011, n. 10-21900.

¹⁰²³ *Cass. 1^{re} civ.*, 19 déc. 1995, n. 94-11783; cfr. *Cass. 3^e civ.*, 16 févr. 2000, n. 98-118838; v. anche J.-L. Bourgois, *Etude 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".

¹⁰²⁴ 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".

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 societaria¹⁰²⁵. 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 omogeneità, non rientri nell'ambito inderogabile di applicazione della disciplina della comproprietà immobiliare¹⁰²⁶, come si approfondirà nel prosieguo.

Nel caso di stipulazione di un canone periodico in denaro, il legislatore prevede precise regole, sia pur dispositive¹⁰²⁷, 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 lavori¹⁰²⁸. In caso di perdita delle costruzioni, il

¹⁰²⁵ 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. 3^e civ., 31 mars 2005, n. 03-20096*; per le società cooperative di costruzione, artt. L213-1 ss.

¹⁰²⁶ Cfr. J.-C. Chaput, S. Rochegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103^e 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".

¹⁰²⁷ 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. 3^e civ., 4 mars 1981, n. 79-13960*; *Cass. 3^e civ., 19 juill. 2000, n. 98-22127*.

¹⁰²⁸ 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.

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 installazioni che abbiano prodotto reddito attraverso la loro locazione nel corso dell'anno di riferimento¹⁰²⁹. 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, la giurisprudenza, in assenza di specifiche previsioni, ha ritenuto applicabili le regole generali del *Code civil* in tema di locazione, stabilendo una riduzione del canone¹⁰³⁰. 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 construction*. 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 del proprio dominio eminente¹⁰³¹. In ogni caso il costruttore, titolare di un diritto reale, potrà direttamente

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”.

¹⁰²⁹ 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”.

¹⁰³⁰ *CA Versailles, Ch. 3, 27 mars 1992, n. JurisData 1992-041251.*

¹⁰³¹ 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

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, sembrano disporre 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 riparazioni di ogni natura¹⁰³², il conduttore non è però obbligato neanche 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 conduttore¹⁰³³.

Il conduttore può liberamente, restando garante delle proprie obbligazioni¹⁰³⁴, 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 contratto¹⁰³⁵ 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

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)".

¹⁰³² Cass. 3^e civ., 17 déc. 2003, n. 02-11050; Cass. 3^e civ., 10 nov. 2009, n. 08-18537.

¹⁰³³ C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Parigi, 1983, pp. 171-174.

¹⁰³⁴ Malgrado il carattere di ordine pubblico della disposizione, si è ritenuto che il locatore possa rinunciare, al momento della cessione o in seguito, alla garanzia del primo conduttore: cfr. *Réponses ministérielles*, in *JCP N*, 1970, *Pratique*, p. 12.

¹⁰³⁵ C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 13.

nel suo diritto, siano già stati o meno oggetto dei lavori di edificazione¹⁰³⁶, 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’indennità¹⁰³⁷. Altri diritti e obblighi possono essere imposti alle parti dalle clausole del titolo contrattuale, che in particolare determinerà più o meno dettagliatamente cosa, dove, quando¹⁰³⁸ 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 riconsegna¹⁰³⁹, ecc.: una precisa redazione delle clausole contrattuali, in presenza di regole quasi integralmente dispositive, è allora di particolare importanza.

f) Fine del rapporto

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 locazioni concesse dal primo conduttore, con

¹⁰³⁶ 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 celle de sa surface et du volume qui la surplombe, que seul le propriétaire peut opérer, d’autre part”.

¹⁰³⁷ *Cass. 3^e civ.*, 14 nov. 2007, n. 06-18133; *CA Fort-de-France, Ch. civ.*, 12 août 2015, n. 14/00477.

¹⁰³⁸ 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”.

¹⁰³⁹ J.-L. Tixier, *Le bail à construction: utilité et utilisation*, in *RJDA*, 1995, n. 2, pp. 87-89.

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 contratto¹⁰⁴⁰ in via amichevole, per volontà delle parti, ovvero giudiziale, per esempio per inadempimento, perlopiù delle obbligazioni del costruttore¹⁰⁴¹, per cui è spesso anche prevista una clausola risolutiva espressa¹⁰⁴²; inoltre, su domanda di ciascuna delle parti, la risoluzione giudiziaria può essere pronunciata 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 superficaria originariamente convenuta, in una disposizione evidentemente dettata da un'esigenza di garanzia dei creditori assistiti di cause legittime di prelazione¹⁰⁴³. In caso di espropriazione del terreno, l'indennizzo del conduttore per la perdita, per la durata pattuita, della proprietà degli edifici non esclude la necessità

¹⁰⁴⁰ 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.

¹⁰⁴¹ 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".

¹⁰⁴² *Cass. 3^e civ.*, 28 janv. 2004, n. 01-00893; *Cass. 3^e civ.*, 1 juin 2011, n. 09-70502.

¹⁰⁴³ 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 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".

di un indennizzo anche al locatore, che non potrà più al termine del contratto conseguire gli stessi in proprietà¹⁰⁴⁴.

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 tempo¹⁰⁴⁵, 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 fiscali¹⁰⁴⁶.

g) 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,

¹⁰⁴⁴ Cass. 3^e civ., 31 mars 2004, n. 02-15754.

¹⁰⁴⁵ C. Saint-Alary-Houin, *Bail à construction*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2013, p. 16.

¹⁰⁴⁶ 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 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 pris 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 paiement 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]".

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 rapporto¹⁰⁴⁷. Naturalmente, una situazione di comproprietà precedente allo scadere del contratto presenterebbe la particolarità di escludere dalle parti comuni il suolo¹⁰⁴⁸, di cui il locatore sarebbe proprietario esclusivo; alcune sentenze tuttavia non vedono di buon occhio simili forme di convivenza di comproprietà e locazioni reali¹⁰⁴⁹. 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

¹⁰⁴⁷ R. Saint-Alary, *Baux à construction et copropriété*, in AA.VV., *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Tolosa, 1996, pp. 659-661.

¹⁰⁴⁸ Cfr. istruzioni del 1 agosto 1979 in tema di costituzione della documentazione fondiaria, *B.O.I.*, n. 140 del 2 agosto 1979, 10 E-1-79, artt. 46 e 47.

¹⁰⁴⁹ *App. Pau, Ch. 1, 22 janv. 1992, JCP N, 1993, II, 53*: "le statut de la copropriété, qui institue un régime particulier d'indivision, est d'interprétation stricte et n'admet aucune autre dérogation que l'usufruit et l'indivision expressément prévus; l'on voit mal comment un bail à construction comportant un droit de propriété démembré pour le bailleur et un droit de superficie pour le preneur serait compatible avec le régime de la copropriété alors que la construction et le terrain sont indivis entre tous les copropriétaires".

già da un primo momento stipulato o successivamente ceduto a più conduttori insieme, coobbligati 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 condomini¹⁰⁵⁰, 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 utili¹⁰⁵¹.

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

¹⁰⁵⁰ Tutto ciò nel rispetto delle regole urbanistiche, soprattutto in tema di permesso di lottizzazione e di permesso di costruire, che può essere oggetto di cessioni parziali. L'organizzazione collettiva dei comproprietari, pur non titolare del contratto, rappresenterà però i condomini, assumendo direttamente nei confronti del locatore gli obblighi di manutenzione e di riparazione (ed eventualmente di pagamento del canone, per evitare le complicazioni di una risoluzione parziale per confusione del contratto di *bail à construction* in conseguenza di un inadempimento): J.-C. Chaput, S. Rochegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103^e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, pp. 358-363.

¹⁰⁵¹ V. R. Saint-Alary, *Baux à construction et copropriété*, in AA.VV., *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 contrat, après le dénouement du crédit-bail selon les prévisions 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".

relative riunioni di condominio¹⁰⁵². Più problematica potrebbe presentarsi l'ipotesi di concessione di una locazione superficaria 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 comproprietà¹⁰⁵³. 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 possibilità¹⁰⁵⁴.

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

¹⁰⁵² 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.

¹⁰⁵³ *Cass. 3^e civ., 6 nov. 2002, n. 01-03436; Cass. 3^e civ., 16 janv. 2008, n. 06-15314; Cass. 3^e civ., 8 oct. 2008, n. 07-16540; Cass. 3^e civ., 2 déc. 2009, n. 08-20310; contra, Cass. 3^e civ., 15 nov. 1989, n. 87-18188.*

¹⁰⁵⁴ 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. 3^e civ., 15 nov. 1989, n. 87-18188*).

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 terreno¹⁰⁵⁵. 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: riconosciuto 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'esclusione 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 demolizione¹⁰⁵⁶. 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 superficie¹⁰⁵⁷.

D) Bail à réhabilitation

a) Normativa e finalità

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'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer*. L'istituzione, da parte del legislatore, di una nuova locazione superficiaria,

¹⁰⁵⁵ 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 AA.VV., *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Tolosa, 1996, pp. 661 ss.

¹⁰⁵⁶ 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.

¹⁰⁵⁷ 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.*

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 far fronte a nuove opere di urbanizzazione, si riscontrava infatti, a fronte di un’insufficienza del numero complessivo di alloggi, e in particolare 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 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 costruito¹⁰⁵⁸. 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 immobiliare¹⁰⁵⁹, 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

¹⁰⁵⁸ C. Bosgiraud-Stephenson, *Le bail à réhabilitation*, in *RDI*, 1991, pp. 19 ss.

¹⁰⁵⁹ 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.

buono stato¹⁰⁶⁰. 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 auspiccate¹⁰⁶¹; un 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 contratto¹⁰⁶².

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

¹⁰⁶⁰ 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.

¹⁰⁶¹ 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 d'une opération de production de logements sociaux n'a pas que des réponses juridiques. Les éléments que le législateur considèrerait 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 !"

¹⁰⁶² L. Tranchant, *Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété*, in *RDI*, 2014, pp. 276 ss.

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 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 contratto¹⁰⁶³. I lavori dovranno svolgersi nel rispetto delle regole sulla sicurezza delle persone e sulla protezione da incendi¹⁰⁶⁴. 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 comproprietà¹⁰⁶⁵. 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 giuridica che coinvolge uno o più comproprietari che abbiano dato in locazione superficaria 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

¹⁰⁶³ 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.

¹⁰⁶⁴ G. Vermelle, M. Faure-Abbad, *Bail à réhabilitation*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Parigi, 2012, p. 3.

¹⁰⁶⁵ Cfr. circolare n. 91-23 del 28 gennaio 1991 del *Ministre de l'Équipement, 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".

quanto riguarda i lavori sulle parti comuni che non siano posti a carico del conduttore¹⁰⁶⁶. Qui, per omogeneità espositiva, s'incentra l'analisi sugli aspetti più prettamente di diritto privato del contratto oggetto di attenzione, rimandando all'ultimo segmento di tesi l'approfondimento dei suoi aspetti anche di rilievo pubblicistico 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 superficiali precedentemente analizzate, pur di per sé utilizzabili per lo svolgimento da parte di un conduttore di simili miglioni. 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 puntuali¹⁰⁶⁷, 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 conferito¹⁰⁶⁸ sembra potersi in ogni caso desumere da una ricostruzione sistematica, con riferimento allo schema delle precedenti locazioni superficiali 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

¹⁰⁶⁶ 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.

¹⁰⁶⁷ C. Bosgiraud-Stephenson, *Le bail à réhabilitation*, in *RDI*, 1991, pp. 19 ss.

¹⁰⁶⁸ G. Vermelle, M. Faure-Abbad, *Bail à réhabilitation*, in *Encyclopédie Dalloz, 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.

figura¹⁰⁶⁹, si realizza al meglio l'intento di attribuire la massima stabilità alla situazione del primo conduttore, in vista dell'ulteriore locazione dell'immobile. Il diritto di superficie conferito acquista però, qui più che nelle precedenti locazioni esaminate, un carattere strettamente conformato dalla legge e dal contratto, il rapporto reale dispiegandosi nei limiti più stringenti posti da queste due fonti.

b) Il rapporto contrattuale e la sua fine

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 demaniali¹⁰⁷⁰. 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 locale¹⁰⁷¹. A differenza del *bail à construction*, i lavori, dati in appalto dal conduttore, possono essere esclusivamente volti a un'opera di ristrutturazione di un edificio esistente¹⁰⁷² e non, per esempio, a una

¹⁰⁶⁹ 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.

¹⁰⁷⁰ Come può essere il caso dei comuni per gli immobili acquisiti con l'esercizio del diritto di prelazione urbano sulle cessioni immobiliari.

¹⁰⁷¹ V. *CAA Nantes*, 3^e Ch., 26 avr. 2001, n. *JurisData* 2001-156535.

¹⁰⁷² 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 laisserait 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

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 assicurative¹⁰⁷³. Il contratto può essere concluso per un periodo non inferiore ai dodici anni, con divieto di riconduzione tacita¹⁰⁷⁴, 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 superficiali 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 svolgere, 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

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”.

¹⁰⁷³ 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.

¹⁰⁷⁴ 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.

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"¹⁰⁷⁵.

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 riparazioni¹⁰⁷⁶. Potrà allora prevedersi 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 obbligazioni¹⁰⁷⁷; potrà attribuirsi al conduttore la facoltà di stabilire servitù attive, nonché le servitù passive quantomeno indispensabili ai lavori, vincolando alle stesse anche il locatore¹⁰⁷⁸; 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

¹⁰⁷⁵ Cfr. C. Bargeton, S. Dyens, *Du neuf avec du vieux ? Pour un renouveau du bail à réhabilitation*, in *RLCT*, n. 80, 2012, p. 53.

¹⁰⁷⁶ Circolare n. 91-23 del 28 gennaio 1991 del *Ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer*, par. 2.4: "Concernant les travaux de grosses 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".

¹⁰⁷⁷ *CA Douai, 3^e Ch., 29 juin 2006, n. JurisData: 2006-325844*.

¹⁰⁷⁸ 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 tous refus de ce dernier, empêchant la réhabilitation de l'immeuble, pourrait conduire à la résolution du bail".

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 a base delle trattative contrattuali, 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 riconsegna¹⁰⁷⁹. 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 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 manifestati¹⁰⁸⁰.

E) Concession immobilière

a) Natura del rapporto, al confine tra personale e reale

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'anni¹⁰⁸¹ 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

¹⁰⁷⁹ 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.

¹⁰⁸⁰ *CA Douai, 3^e Ch., 29 juin 2006, n. JurisData: 2006-325844*.

¹⁰⁸¹ 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.

(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 finalità¹⁰⁸² senza 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'affittuario¹⁰⁸³. 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 soddisfare 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 reale¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² 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 immobilière”.

¹⁰⁸³ B. Boccara, *La concession immobilière*, in *JCP*, 1969, I, *Doctrine*, n. 2245, par. 58-59.

¹⁰⁸⁴ 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”.

A differenza dei contratti analizzati nelle pagine precedenti, gran parte della dottrina non include la concessione immobiliare 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 figura di confine tra sfera reale e sfera personale. È un'occasione per verificare quanto si è affermato in termini generali nella prima parte della tesi, 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'ipoteca¹⁰⁸⁵. 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 legge¹⁰⁸⁶. Inoltre, è legittimato – a condizione d'informarne preventivamente il

¹⁰⁸⁵ 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, ndr]) 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, ndr])” ; 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”.

¹⁰⁸⁶ V. l. 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 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”.

proprietary, 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 privato, 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 immobiliare¹⁰⁸⁷. 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 cessionario¹⁰⁸⁸, salvo diverso accordo con il proprietario. Ulteriori prerogative spettano al concessionario qualora il bene conferitogli abbia 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*: tale ultima prerogativa pare però

¹⁰⁸⁷ 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: favorevole, 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, par. 128-129.

¹⁰⁸⁸ B. Boccara, *La concession immobilière*, in *JCP*, 1969, I, *Doctrine*, n. 2245, par. 92.

piuttosto deporre nel diverso senso di un diritto personale, in quanto il *fonds de commerce* di regola non comprende beni immobili e diritti reali immobiliari¹⁰⁸⁹.

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 concessionario¹⁰⁹⁰. 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 stabilità¹⁰⁹¹. Oltre a quanto osservato in merito al *nantissement*, 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 analizzati¹⁰⁹². 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’altro¹⁰⁹³.

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, autorizzati dalla legge, fatto salvo il patto difforme. Pertanto, in

¹⁰⁸⁹ C. Larroumet, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, V ed., Parigi, 2006, p. 469.

¹⁰⁹⁰ 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.

¹⁰⁹¹ 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.

¹⁰⁹² 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 *ius in re* plus qu’un simple *ius ad rem* et à consacrer davantage l’existence d’un « domaine utile » s’opposant au « domaine éminent » du propriétaire”; tuttavia, “l’existence d’obligations réciproques reste l’élément fondamental du contrat de concession et s’oppose ainsi aux autres droit réels”.

¹⁰⁹³ 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.

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 concessionario¹⁰⁹⁴, 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 costruire¹⁰⁹⁵. La sorte delle costruzioni allo scadere del termine 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 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 amichevole può dispensare il concedente), è tenuto a rimborsare al concessionario il costo delle costruzioni e opere che ha realizzato¹⁰⁹⁶, 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.

b) Regime: cenni

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

¹⁰⁹⁴ 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.

¹⁰⁹⁵ 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.

¹⁰⁹⁶ Ma non le semplici miglorie: J. Viatte, *Un nouveau type de location: la concession immobilière*, in *Revue des loyers*, 1968, p. 104.

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 contratto¹⁰⁹⁷. 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 per la sua revisione nel corso del tempo. E' 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 non solo per perimento totale o parziale (in questo caso, il concessionario può chiedere in alternativa una riduzione del prezzo) o per mutuo consenso, ma 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

¹⁰⁹⁷ 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".

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 ulteriori 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 superficiali – che si dimostrano una cornice adattabile alla presenza dei più svariati interessi tanto privati quanto pubblici, in particolare di solidarietà sociale – nel quadro delle politiche abitative¹⁰⁹⁸. 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

¹⁰⁹⁸ 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”.

meccanismi di locazioni abitative stabili di lungo periodo¹⁰⁹⁹. Tali modelli, come già si è osservato per il *bail à réhabilitation* – e come sembra ormai 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 della presente tesi 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 righe 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

¹⁰⁹⁹ B. Mallet-Bricout, *Baux réels et solidarité*, in *RTD civ.*, 2016, p. 944.

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 reddituale¹¹⁰⁰. La predisposizione di un insieme di schemi contrattuali regolati da un complesso di regole privatistiche e pubblicistiche in vista 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 grava¹¹⁰¹. 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 suo valore d'uso, in questo caso di abitazione, più che sul valore patrimoniale di capitale da conservare all'interno della famiglia, in presenza anche di una maggiore mobilità degli individui per ragioni di vita personale e lavorativa¹¹⁰².

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

¹¹⁰⁰ Cfr. *Etude 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.

¹¹⁰¹ Cfr. *Etude 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.

¹¹⁰² B. Chevreux, R. Léonetti, *Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 827, par. 3.

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 realizza 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 amministrativa, soggetta a un facile recesso unilaterale da parte del 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 pubblici¹¹⁰³. 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

¹¹⁰³ 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”.

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 immobiliare¹¹⁰⁴, che assume l'obbligo di edificare o ristrutturare 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 futura¹¹⁰⁵, 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

¹¹⁰⁴ Figura di primo piano del mercato francese delle costruzioni; 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".

¹¹⁰⁵ 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.

acquirenti di un condominio e il subentrare di essi nella posizione contrattuale e nel diritto reale del primo conduttore del *bail réel immobilier*¹¹⁰⁶.

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 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 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 di sotto 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

¹¹⁰⁶ 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.

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 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 sociali¹¹⁰⁷.

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 superficie¹¹⁰⁸, 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

¹¹⁰⁷ 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.

¹¹⁰⁸ *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".

sole costruzioni, mantenendo per sé il diritto di costruire ancora sul fondo o di sopraelevare gli edifici esistenti, o viceversa¹¹⁰⁹. 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 ipotecabili¹¹¹⁰ 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 regolamentari¹¹¹¹, oltre che per via negoziale, come esplicitato 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%

¹¹⁰⁹ 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.

¹¹¹⁰ 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”.

¹¹¹¹ 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 soutenir que le bail à construction est juridiquement moins sûr que le bail réel solidaire, trois fois plus réglementé en volume de textes mais qui sera sans doute beaucoup moins utilisé ?”.

dell'estensione dell'immobile¹¹¹², 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 temporanea¹¹¹³ 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 perpetua¹¹¹⁴, 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 superficario 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 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.

c) Il regime giuridico del bail réel immobilier: aspetti prevalentemente privatistici

¹¹¹² 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.

¹¹¹³ 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.

¹¹¹⁴ 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.

Vari aspetti 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 superficaria 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 locatore¹¹¹⁵. Il locatario è tenuto a mantenere in 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 modico¹¹¹⁶, tiene conto delle condizioni di

¹¹¹⁵ Anche quindi se indispensabili alla realizzazione delle costruzioni; critica tale scelta legislativa V. Zalewski-Sicard, *Servitudes et baux conférant un droit réel*, in *Constr.-Urb.*, 2015, n. 11, p. 16.

¹¹¹⁶ 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.

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'inadempienza 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 giudiziale¹¹¹⁷, la posizione di controparte contrattuale dell'ulteriore conduttore abitante dell'alloggio è trasferita di diritto in capo al primo locatore, proprietario del fondo.

d) Bail réel solidaire: aspetti prevalentemente privatistici

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 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 rispetto al modello appena analizzato consistono, come si vedrà soprattutto tra gli aspetti di prevalente rilievo pubblicistico, 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. Si conferma

¹¹¹⁷ 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.

così come le locazioni superficiali 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, l'istituto è disciplinato dagli articoli 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 della locazione reale solidale sia direttamente il soggetto di reddito moderato beneficiario dell'operazione, che evidentemente non può essere gravato di lavori di grande entità¹¹¹⁸. 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

¹¹¹⁸ Cfr. J. Picard, *Le bail réel solidaire: la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable*, in *Petites affiches*, 2016, n. 233, pp. 9-10.

azioni sociali tali da permettere il godimento del bene¹¹¹⁹. 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 superficiali, inoltre, una nuova convenzione di *bail réel solidaire*, avente per oggetto il solo diritto di proprietà superficiale 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 abitante¹¹²⁰; tra i proprietari temporanei degli alloggi di uno stesso edificio, che abbiano man mano acquisito le proprie abitazioni, si formerà una particolare comproprietà¹¹²¹.

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 proprietario del suolo in funzione degli obiettivi che persegue e delle caratteristiche di ogni operazione.

In tutti i casi, qualora si verificano successivamente delle ulteriori alienazioni, il prezzo di rivendita dei diritti di proprietà superficiale, 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

¹¹¹⁹ 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".

¹¹²⁰ F. Roussel, *Nouveau bail notarié: voici le bail réel solidaire*, in *JCP N*, 2016, *Actualités*, n. 925, par. 3.

¹¹²¹ M. Poumarède, *Le bail réel solidaire*, in *RDI*, 2016, p. 544.

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 alloggi¹¹²². 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, 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 nel 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

¹¹²² 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.

indennizzo, secondo le condizioni convenute e nel rispetto del limite massimo di valore del diritto reale quale determinato dalle relative norme.

Sezione 2: 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 e il regime dell'enfiteusi francese, s'introdurrà di seguito l'enfiteusi 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 (cenni)

Come il diritto di superficie¹¹²³, 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 realtà 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 quiescenza¹¹²⁴. L'articolo primo della legge sull'enfiteusi definisce la stessa come un diritto reale, che consiste nell'avere il pieno

¹¹²³ 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 (2^{ème} partie)*, in *Revue du notariat belge*, 2006, p. 242.

¹¹²⁴ 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.

godimento di un immobile¹¹²⁵ 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 di 27 anni, quella massima di 99 anni¹¹²⁶: 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 risente 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 Régime*, 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 previene 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

¹¹²⁵ 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 permet 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”.

¹¹²⁶ È escluso il rinnovo tacito, ma anche dopo la scadenza l'enfiteusi può continuare a esistere fino alla revoca.

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’istituto¹¹²⁷; una certa commistione con il diritto di superficie permanente, 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

¹¹²⁷ 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 disqualifier telle ou telle convention qui méconnaîtrait certaines données considérées comme de l'essence même des droits de superficie ou 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”.

privazione. L'enfiteuta potrà essere dichiarato, senza pregiudizio della possibilità d'azione anche per danni, 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 anni¹¹²⁸. 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 specialisti¹¹²⁹ 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*¹¹³⁰.

¹¹²⁸ 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.

¹¹²⁹ 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.

¹¹³⁰ 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 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

B) L'enfiteusi in Italia

Sarà adesso opportuno soffermarsi brevemente, con una panoramica, sull'enfiteusi in Italia, essendo tale istituto radicato anche nel nostro diritto e tuttora disciplinato nel Codice civile. Se ne analizzerà il percorso storico, quindi il regime vigente e infine si approfondiranno le differenze tra gli ordinamenti qui oggetto di studio, interrogandosi sulle ragioni del permanere in Italia di uno scarso utilizzo dell'istituto, confinato in una dimensione di arcaismo e ruralità. 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 sui cui profondevano il proprio lavoro¹¹³¹, 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.

a) Dal Codice civile italiano del 1865 al Codice civile del 1942 alla legislazione speciale del dopoguerra: tentativi di rivitalizzazione di dubbio successo

Le divergenze tra Francia e Italia si manifestano già nel corso del 1800, con il recepimento dell'enfiteusi nel testo del primo Codice civile italiano unitario del 1865, definita come (art. 1556): "un contratto, col quale si concede, in perpetuo o a tempo, un fondo coll'obbligo di migliorarlo e di pagare un'annua determinata prestazione in

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/etude%20de%20cas2_CLT_BLAFFART-LOISEAU-WEBER.pdf.

¹¹³¹ 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.

danaro o in derrate". Nel libro terzo, dedicato ai modi di acquisto e trasmissione della proprietà e degli altri diritti sulle cose, all'enfiteusi era dedicato il titolo VIII, dopo il contratto di permuta e prima di quello di locazione. Con una realtà politica nella penisola assai diversa da quella francese, gli Stati preunitari avevano variamente regolato la materia dell'enfiteusi, con sfumature oscillanti tra la sua soppressione e il suo mantenimento anche in veste di divisione del dominio¹¹³². La codificazione del 1865, prendendo atto della diffusione, soprattutto nel meridione, dell'istituto, lo recepisce, differenziandosi in questo sensibilmente dal modello francese; la nozione e la sistematica fatte proprie dal legislatore italiano risentono della fase di transizione che la figura stava attraversando, facendone un contratto, disciplinato tra gli altri contratti, piuttosto che accompagnarlo, più logicamente, agli altri diritti reali. S'intravedono gli echi del concetto di *bail emphytéotique* appena studiato, in cui il nocciolo del diritto reale si pone proprio a ridosso del quadro convenzionale dato dal contratto, fin quasi a sovrastare l'aspetto del rapporto diretto tra persona e *res*. D'altra parte, il Codice del 1865, che precede di quasi un quarantennio la legge francese sull'enfiteusi del 1902, risente dell'equilibrio precario tra i retaggi del passato, più duri a morire in territori che avevano vissuto solo di riflesso la rottura rivoluzionaria del 1789, e la diffidenza dei moderni per tale eredità, ostacolo alla piena proprietà e circolazione giuridica degli immobili. Un retaggio che si manifesta, allora, per esempio, nel mantenimento dell'enfiteusi perpetua¹¹³³; una circospezione che si palesa, invece — oltre che nel mancato utilizzo della terminologia del dominio diretto e del dominio utile — nella possibilità di affrancazione in ogni caso consentita, con

¹¹³² Diffusamente, L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 114 ss. Peraltro, si ricorda, subito precedente al Codice, la legge di affrancazione n. 1636 del 24 gennaio 1864, che dichiarava redimibili i canoni enfiteutici dovuti a enti morali. Sulla diffusione dell'enfiteusi a Milano nel corso del XIX secolo, con un occhio attento al diritto vivente, v. nella storiografia del diritto O. Faron, *Sur les formes de propriété dissociée à l'époque contemporaine (Milan, XIX^e siècle)*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Roma, 1995, pp. 101 ss.

¹¹³³ A cui si aggiungono in tal senso altri elementi distintivi: v. 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. 425: "l'immobilità del diritto, la capacità del diritto stesso ad esser base di ipoteca, e ad esser protetta dalle azioni possessorie, la partecipazione al danno del caso fortuito, la esenzione dalla tassa di ricchezza mobile, e, interpretando retamente lo scopo del contratto enfiteutico, la devoluzione"; per l'Autore, nel suo complesso la costruzione era modellata "precipualemente sul tronco del doppio dominio".

priorità rispetto alla devoluzione¹¹³⁴, sicché, malgrado alcune limitazioni a tale principio e a quello della libera alienabilità man mano introdotte negli anni successivi dal legislatore¹¹³⁵, i proprietari terrieri avevano scarso interesse a concedere nuove enfiteusi, che si sarebbero concretamente avvicinate a una trasformazione del dominio del fondo in qualcosa di remoto, latente e assai evanescente, quasi a una cessione della piena e libera proprietà della cosa da compiersi a capriccio, nel se e nel quando, dell'enfiteuta¹¹³⁶. Nel frattempo, enfiteusi (e figure finitime) già instaurate restavano regolate dalle legislazioni precedenti degli Stati preunitari, dando luogo a una disciplina confusamente stratificata che, con caratteristiche e fondamenti sociali via via diversi, sarebbe rimasta fino al nostro tempo il marchio dell'enfiteusi italiana. La discussione dottrinale dell'epoca, influenzata dal complessivo sfavore per l'istituto da parte del vecchio codice e dalle sue ambiguità di regime, tra rivoluzione e restaurazione, verteva nel frattempo soprattutto sulla questione del "vero" domino del fondo, se tale dovesse essere ritenuto sostanzialmente il concedente o l'enfiteuta¹¹³⁷, che il disposto legislativo aveva reso proprietario, se non attuale, almeno in potenza.

¹¹³⁴ Cfr. 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. 422: "nella costruzione italiana non è che sono soltanto limitate le facoltà del dominio nel concedente, insomma non è solo ristretta la quantità dei poteri che compongono la parte dinamica del dominio; è l'essenza, è la qualità caratteristica di esso che vien tolta con l'affrancazione coatta per legge; mentre è romanamente inconcepibile una realtà, nonché un dominio, la cui esistenza è così fragile e condizionata"; v. anche E. Favara, *Enfiteusi*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, 1964, p. 541, dove peraltro si evidenziano altri elementi caratteristici dell'enfiteusi quale recepita nel Codice del 1865, che "accolse l'istituto e lo regolò respingendo la distinzione tra dominio eminente e dominio utile e ponendo le imposte prediali a carico dell'enfiteuta, con diritto di fare suoi i frutti e di alienare il fondo senza pagamenti di laudemi. Tuttavia, veniva stabilito l'obbligo di riconoscere il concedente ogni ventinove anni ed il divieto della subenfiteusi. Veniva, altresì, riconosciuto al concedente il diritto alla devoluzione, ove l'enfiteuta avesse deteriorato il fondo, ovvero se, nonostante l'interpellanza, non avesse pagato il canone per due anni consecutivi. Veniva consentito in ogni caso l'affranco".

¹¹³⁵ Cfr. L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, p. 138: "I fini perseguiti dalla legislazione sull'enfiteusi posteriore al codice civile del 1865 possono ridursi a tre: favorire lo sviluppo dell'enfiteusi, imponendone in taluni casi la costituzione; agevolare la liberazione dei fondi dai canoni e dalle prestazioni in genere che fossero dovuti a enti, facilitandone il pagamento; eliminare i gravi inconvenienti cui sul terreno economico e pratico portava l'eccessiva estensione dei poteri accordati dal codice all'enfiteuta (specialmente quello dell'affrancazione)".

¹¹³⁶ R. de Ruggiero, *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1911, p. 554.

¹¹³⁷ Su tale dibattito, cfr., *ex ceteris*, 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, pp. 405 ss.; 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, pp. 135 ss.; C. Scuto, *Natura giuridica dei diritti dell'enfiteuta e del concedente sul fondo enfiteutico, con riguardo all'attuale progetto di riforma e al Codice civile vigente*, in *Scritti di diritto e di economia*

Il Codice civile del 1942, prendendo atto delle diffuse perplessità dottrinali sull'assetto vigente e del diradarsi del suo utilizzo sotto tale regolamentazione¹¹³⁸, interveniva sull'enfiteusi in maniera intenzionalmente più incisiva che in altri campi, nel perseguire un intento di valorizzazione della figura come un asse portante di un rilancio della produzione agricola nel quadro di una visione di collaborazione tra le classi sociali, nell'alleanza tra lavoro e proprietà. L'istituto non era definito¹¹³⁹, ma il Codice ne regolamentava diffusamente il regime, peraltro con un utilizzo più frequente di norme imperative rispetto alla codificazione precedente¹¹⁴⁰. Dell'enfiteusi si voleva allora esaltare il carattere di accordo di associazione del proprietario e del coltivatore ai benefici di un progetto di miglioramento di un fondo, con vantaggio e arricchimento tanto delle parti, quanto, nell'interesse generale della produttività nazionale, del bene stesso¹¹⁴¹. L'equilibrio contrattuale complessivamente concepito finiva però per avvantaggiare sensibilmente il proprietario, l'interesse del quale una serie di norme ponevano al centro della

in onore di Flaminio Mancaloni, Sassari, 1938, pp. 587 ss.; L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 166 ss.; S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, pp. 240 ss.; 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. 18-19; P. Vitucci, *Utilità e interesse nelle servitù prediali: la costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974, p. 71; A. Iannelli, *La nuova enfiteusi*, Napoli, 1975, pp. 54 ss.; v. anche *Cass. civ., sez. II, 10 ott. 1962, n. 2904, MFI, 1962, 821; Cass. civ., sez. II, 15 nov. 1976, n. 4231, MFI, 1976, 829*.

¹¹³⁸ Tra tutti, v. R. de Ruggiero, *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1911, p. 554; 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. 426: "Che la vita avesse scosso il rigore romano, e che la costruzione del dominio diviso andasse formulata con correttezza giuridica, erano due fatti innegabili. Il legislatore italiano si propose troppo quando intese dare tutto all'enfiteuta, senza domandarsi se la costruzione voluta fosse acconcia a regolare un contratto, così come era adatta a risolverne molti; egli, inoltre, non fece neppure bene, ché, acconciando in fretta alla nuova figura la veste della vecchia, rese irriconoscibile questa e quella. E' doloroso che durante tutto un secolo di legiferare, l'enfiteusi si trovi oggi né più né meno nello stato in cui la trovò Pothier in Francia, confusa colla rendita fondiaria ed irta delle odierne contraddizioni".

¹¹³⁹ Per una definizione dottrinale dei nostri giorni, v., per es., A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XLVII ed., 1999, Padova, p. 489: "Si ha enfiteusi quando il proprietario, che non vuole direttamente interessarsene, cede ad altri il godimento di un immobile, con l'obbligo di pagare un canone e di migliorare il fondo. La costituzione, che è fatta in perpetuo o per lungo tempo (è chiamata anche *locazione perpetua*), corrisponde a una virtuale alienazione".

¹¹⁴⁰ 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, p. 1.

¹¹⁴¹ F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici*, vol. III, t. II, Milano, 1960, p. 628.

transazione, a discapito dell'enfiteuta: in particolare, revisione decennale del canone, in presenza di consistenti mutamenti di valore del fondo, diritto legale di prelazione a favore del concedente, nel caso di vendita del diritto dell'enfiteuta, termine sospensivo della facoltà di affrancazione, che non poteva esercitarsi prima di vent'anni (finanche quaranta, se disposto nell'atto costitutivo) dalla costituzione dell'enfiteusi e fino all'attuazione del piano di miglioramento, solidarietà dell'obbligo di pagare il canone fra coenfiteuti o eredi dell'enfiteuta, fino alla divisione. Sebbene più esitante e discontinua, l'inclinazione del legislatore per la concessione in enfiteusi di terreni coltivabili proseguiva nella legislazione del secondo dopoguerra, anche escludendo i fondi conferiti in tale forma dal computo ai fini dei limiti all'estensione della proprietà terriera; e, anche se non sempre si tradusse in atti normativi, ampio fu pure il dibattito parlamentare di quegli anni su ipotesi di utilizzo dello strumento dell'enfiteusi per realizzare le istanze di riforma fondiaria dei coltivatori¹¹⁴². Se ancora la legge n. 701 del 1952 aumentava di sedici volte i canoni in danaro per le enfiteusi costituite prima del 28 aprile 1941, nel corso degli anni cinquanta, sulla spinta delle lotte dei coltivatori e della pressione delle sinistre parlamentari che di tali istanze si facevano portavoce, s'impondeva una più profonda riflessione sul regime dell'enfiteusi, che si continuava a considerare come un istituto decisivo per favorire lo sviluppo economico delle campagne, ma nel quadro di rapporti sociali meno diseguali¹¹⁴³. Si apriva così lo spazio a una revisione delle prerogative legali delle parti in favore dell'enfiteuta, onde alleggerire il carico dei pesi su di lui gravanti e favorirne l'accesso alla piena proprietà.

Una serie di riforme cambiavano in maniera decisiva l'equilibrio e il volto dell'enfiteusi, scontrandosi in più occasioni con giudizi di censura della Corte Costituzionale. Emblematica è in tal senso la legge n. 607 del 22 luglio 1966, che, estendendosi ed estendendo il regime codicistico, come da essa emendato, alle enfiteusi anche precedenti al Codice, intendeva sottrarre definitivamente le stesse (e gli altri rapporti a miglioria assimilabili) alla regolamentazione previgente e unificarne la disciplina intorno a una normativa il cui ago ricominciava a pendere a

¹¹⁴² L. Francario, *Nuove tecniche di intervento pubblico nell'economia: dalla tipizzazione alla trasformazione dei rapporti agrari*, in *Nuovo diritto agrario*, 1979, pp. 456-460.

¹¹⁴³ P. Vitucci, *Enfiteusi*, in *Dig. disc. priv., sezione civile*, VII, 1991, pp. 464-465; L. Francario, *Nuove tecniche di intervento pubblico nell'economia: dalla tipizzazione alla trasformazione dei rapporti agrari*, in *Nuovo diritto agrario*, 1979, pp. 454-455.

favore dell'enfiteuta, a partire dall'affrancazione e dal canone. Quest'ultimo era un primo elemento di tensione del regime codicistico, in quanto "se ancora consistente nella misura, questo appare piuttosto un impedimento allo sviluppo agricolo, non potendo il coltivatore — tenuto a corrisponderlo — apportare al fondo miglioramenti onerosi e incisivi. Se ormai esiguo, ed il caso è il più frequente, il canone viene sentito come odioso relitto di una situazione superata dai tempi: l'esperienza, giova notarlo, è tutt'altro che nuova nella storia dell'enfiteusi"¹¹⁴⁴. La legge abrogava allora la revisione decennale del canone e, fatte salve le condizioni di maggior favore per l'enfiteuta, introduceva un massimo consentito al suo ammontare nel limite del reddito dominicale del fondo, legislativamente determinato e computato facendo riferimento alla (datata) qualifica catastale risultante al 30 giugno 1939. Il capitale d'affranco era inoltre calcolato sulla base del canone, secondo un rapporto di uno a quindici, e il principio della prevalenza dell'affrancazione sulla devoluzione e sulla clausola risolutiva espressa era rafforzato, imponendosi anche in presenza di grave inadempimento dell'obbligo dell'enfiteuta di non deterioramento e miglioria del fondo; oltre a ciò, il giudizio di affrancazione era reso più semplice e spedito¹¹⁴⁵. La Corte Costituzionale in un primo tempo limitava (in via interpretativa) la portata della riforma nel suo complesso alle enfiteusi rustiche a fini di miglioramento agrario e dichiarava incostituzionale il limite posto all'ammontare del canone e del capitale di affrancazione per le sole enfiteusi successive al 28 ottobre 1941¹¹⁴⁶; più recentemente, la Corte sarebbe intervenuta ancora per aggiornare il criterio di

¹¹⁴⁴ P. Vitucci, *Enfiteusi*, in *Dig. disc. priv., sezione civile*, VII, 1991, p. 465.

¹¹⁴⁵ Cfr. A. Germanò, *Affrancazione di canoni enfiteutici e di altre prestazioni perpetue*, in *Novissimo digesto italiano, Appendice*, I, Torino, 1980, pp. 133 ss.

¹¹⁴⁶ *Corte Cost.*, 13-21 marzo 1969, n. 37: "il divario tra canone in danaro pattizio e canone legale, é, in via generale, per quanto riguarda i rapporti di antica costituzione, di limitata entità, tale da non raggiungere, nella generalità dei casi, quel punto di rottura che renderebbe il canone puramente apparente e simbolico. Trattasi di canoni che, sin dall'origine lontana e nonostante i moderati ritocchi accordati legislativamente nel corso della loro esistenza, hanno conservato la portata di una misura esigua, in molti casi sopravvissuta quasi per forza di inerzia, tra l'indifferenza dei concedenti. [...] La data dell'entrata in vigore del Libro della proprietà (28 ottobre 1941) segna, a giudizio della Corte, una importante demarcazione. Da una parte, l'accadimento di imponenti fatti storici ed economici ha inciso in profondità e progressivamente sui valori dei beni talvolta anche per effetto di una modifica di destinazione e la svalutazione della moneta ne é stata, ad un tempo, causa ed effetto, più o meno permanente. Dall'altra parte, i rapporti costituiti, in tempi, luoghi e situazioni diversi, dopo la data suindicata, hanno risentito della strutturazione, in parte nuova, che la legge civile ha loro assegnato. Particolarmente, l'assegnazione di un diritto alla revisione del canone "in relazione al valore attuale" (art. 962 del Cod. civ.) ha segnato il passaggio da una concezione statica del rapporto ad una concezione dinamica: ed i nuovi rapporti sono sorti — *ab initio* — e si sono svolti, sotto la garanzia della possibile operatività di quel diritto".

determinazione del capitale di affrancazione delle enfiteusi fondiarie anteriori al 28 ottobre 1941 secondo coefficienti di maggiorazione idonei ad mantenere adeguato lo stesso all'effettiva realtà economica¹¹⁴⁷.

Il legislatore tornava a intervenire in materia di enfiteusi con la legge n. 1138 del 18 dicembre 1970. In tale occasione, erano abrogate le rimanenti norme civilistiche che sbilanciavano il rapporto in favore del concedente: in tal modo, venivano meno la sua prelazione legale in caso di vendita del diritto dell'enfiteuta e il termine sospensivo per l'esercizio della facoltà di affrancazione; pertanto, in nessun caso – ovvero, anche fuori dell'ambito delle enfiteusi rustiche, a cui l'interpretazione della Corte Costituzionale aveva limitato l'intervento legislativo precedente – le domande di riscatto e di devoluzione del concedente avrebbero più potuto precludere tale prerogativa dell'enfiteuta, che si caratterizzava sempre più come il proprietario effettivo del fondo¹¹⁴⁸. La legge mirava inoltre a rimediare agli effetti della dichiarazione di parziale incostituzionalità del precedente intervento normativo. Essa confermava per le enfiteusi rustiche anteriori al 28 ottobre 1941 il regime del computo dei canoni e del capitale d'affrancazione stabilito nel 1966, mentre per quelle successive, pur riprendendo alla base lo stesso regime, affermava il principio per cui il concedente che avesse ritenuto la qualifica e la classifica catastali esistenti al momento della costituzione del rapporto non corrispondenti alla reale situazione alla stessa data del fondo avrebbe potuto chiedere a sue spese all'intendente di finanza di accertare la qualifica del bene a tale precedente momento. Tale

¹¹⁴⁷ *Corte Cost.*, 19-23 maggio 1997, n. 143; v. anche *Cass. Civ.*, sez. II, 12 ottobre 2000, n. 13595; *Cass. civ.*, sez. III, 26 maggio 2014, n. 11700: "In sostanza, in applicazione dell'art. 1 della legge 22 luglio 1966, n. 607, come modificato per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 143 del 1997, per le enfiteusi fondiarie costituite anteriormente al 28 ottobre 1941 e con originaria pattuizione in natura o derrate del corrispettivo a carico dell'enfiteuta, il valore di riferimento per la determinazione – con applicazione, prima della sua moltiplicazione per quindici, di coefficienti di adeguamento idonei a mantenerne adeguata, con una ragionevole approssimazione, la corrispondenza con l'effettiva realtà economica – del capitale per l'affrancazione va individuato nel minore tra i due valori, costituiti dal controvalore in denaro delle derrate in base ai prezzi correnti al momento dell'entrata in vigore della legge (7.8.66) ed il reddito dominicale del fondo su cui è costituita l'enfiteusi (come determinato a norma del decreto-legge 4 aprile 1939, n. 589, convertito nella legge 29 giugno 1939, n. 976, rivalutato con il decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 12 maggio 1947, n. 356)".

¹¹⁴⁸ In un vero e proprio rovesciamento di prospettiva, ormai per A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XLVII ed., 1999, Padova, p. 489: "Se il dominio utile, quindi, e non quello diretto, costituisce vera proprietà, dobbiamo tuttavia tener conto della coesistenza di un altro diritto reale sulla stessa cosa, cioè del diritto del concedente".

meccanismo sarebbe stato ritenuto dalla Corte Costituzionale¹¹⁴⁹ insufficiente a garantire le ragioni del direttario, con una dichiarazione di parziale incostituzionalità in base alla quale per le enfiteusi successive al 28 ottobre 1941 il capitale di affranco non sarebbe potuto risultare inferiore all'indennità di espropriazione prevista dalle leggi di riforma agraria, né il canone inferiore a un quindicesimo di tale indennità; la legge n. 270 del 14 giugno 1974 avrebbe poi recepito quest'ultimo principio quale affermato dalla Corte¹¹⁵⁰. Altre norme regolavano inoltre il canone annuo delle enfiteusi urbane ed edificatorie¹¹⁵¹, tra l'altro estendendo pure a esse l'esclusione della regola codicistica sulla revisione decennale e limitando la misura della prestazione al canone fissato all'inizio del rapporto enfiteutico, salva la rivalutazione di cui alla legge n. 701 del 1 luglio 1952 per i rapporti anteriori al 28 ottobre 1941. Per alleggerire la situazione del concedente, era soltanto previsto un meccanismo di rivalutazione, a richiesta della parte interessata, proporzionale al mutato potere d'acquisto risultante dalle statistiche dell'ISTAT. Questa nuova normativa sarebbe stata giudicata incostituzionale dalla Corte, limitatamente alla parte in cui comprendeva anche le enfiteusi urbane ed edificatorie successive al 28 ottobre 1941¹¹⁵² e, molto più recentemente, anche per quelle precedenti a tale data¹¹⁵³, con la conseguenza di una reviviscenza della norma codicistica per tali rapporti. Il legislatore del 1970 confermava infine per le enfiteusi non solo rustiche, ma anche urbane o edificatorie, il rapporto di uno a quindici fra canone e capitale di affrancazione, senza che la Corte Costituzionale censurasse il punto.

b) Il regime attuale dell'enfiteusi italiana

¹¹⁴⁹ *Corte Cost.*, 28 giugno-18 luglio 1973, n. 145.

¹¹⁵⁰ Incorrendo però a sua volta nella censura del giudice delle leggi nella parte in cui non prevedeva che il valore di riferimento per la determinazione del canone fosse "periodicamente aggiornato mediante l'applicazione di coefficienti di maggiorazione idonei a mantenere adeguata, con una ragionevole approssimazione, la corrispondenza con la effettiva realtà economica": *Corte Cost.*, 24 marzo-7 aprile 1988, n. 406. Inoltre, secondo la legge del 1974: "L'enfiteuta può detrarre dal capitale di affranco le somme liquide versate al concedente in relazione alla costituzione dell'enfiteusi, anche se non risultino dal contratto. Può, altresì, conteggiare le differenze tra il canone determinato ai sensi della presente legge e quello effettivamente pagato, relativamente alle annualità non ancora definite".

¹¹⁵¹ Nella figura, così evocata dal nostro legislatore, dell'enfiteusi edificatoria, scarsamente sviluppatasi nella prassi per le ragioni che si vedranno, si può ritrovare *in nuce* l'idea del *bail à construction* d'oltralpe; d'altronde, la stessa nostra giurisprudenza costituzionale ha finito per sminuire la peculiarità di rapporti enfiteutici estranei a contesti rurali: cfr. *Corte Cost.*, 20-28 maggio 2008, n. 160.

¹¹⁵² *Corte Cost.*, 22 febbraio-6 marzo 1974, n. 53.

¹¹⁵³ *Corte Cost.*, 20-28 maggio 2008, n. 160.

L'attuale Codice civile italiano, del 1942, dedica all'enfiteusi il titolo IV del libro III, ossia gli articoli da 957 a 977, alcuni dei quali abrogati, modificati o integrati nel corso del tempo in particolare dalla legge n. 701 del 1 luglio 1952, dalla legge n. 607 del 22 luglio 1966, dalla legge n. 1138 del 18 dicembre 1970, dalla legge n. 270 del 14 giugno 1974, alla cui sopra accennata disciplina occorre oggi riguardare oltre alle disposizioni codicistiche. Altre regole concernenti l'enfiteusi sono, inoltre, rinvenibili in particolare tra gli articoli in tema di servitù (articolo 1077, articolo 1078), d'ipoteca (oltre all'articolo 2810, che esplicita l'ipotecabilità del diritto tanto dell'enfiteuta quanto del concedente, il già citato 2812 e, specificamente dedicato all'enfiteusi, il 2815¹¹⁵⁴) e di trascrizione (articolo 2643, numeri 2 e 7). L'enfiteusi in Italia può essere sia perpetua, sia temporanea, con una durata minima di vent'anni¹¹⁵⁵. Per tutta la durata del diritto, l'enfiteuta, cui è conferito un amplissimo godimento delle utilità ordinariamente attribuite al domino, ha gli stessi diritti che avrebbe il proprietario sui frutti del fondo, sul tesoro e sulle utilizzazioni del sottosuolo, in conformità delle disposizioni delle leggi speciali¹¹⁵⁶. Il suo diritto, il cui carattere reale è indubitabile, ipotecabile e sottoposto a un termine ventennale di prescrizione, si estende alle accessioni: in questo modo l'articolo 959 sembra escludere rapporti di prossimità tra enfiteusi e superficie, con una marcata differenza rispetto all'ordinamento francese. Non proprietario delle costruzioni, l'enfiteuta italiano avrebbe su di esse lo stesso

¹¹⁵⁴ "Nel caso di affrancazione, le ipoteche gravanti sul diritto del concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione; le ipoteche gravanti sul diritto dell'enfiteuta si estendono alla piena proprietà.

Nel caso di devoluzione o di cessazione dell'enfiteusi per decorso del termine, le ipoteche gravanti sul diritto dell'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto per i miglioramenti, senza deduzione di quanto è dovuto al concedente per i canoni non soddisfatti. Il prezzo dei miglioramenti, se da atto scritto non risulta concordato con i creditori ipotecari, deve determinarsi giudizialmente, anche in contraddittorio dei medesimi. Le ipoteche gravanti sul diritto del concedente si estendono alla piena proprietà.

Quando l'enfiteusi si estingue per prescrizione, si estinguono le ipoteche che gravano sul diritto dell'enfiteuta. Se per causa diversa da quelle sopra indicate vengono a riunirsi in una medesima persona il diritto del concedente e il diritto dell'enfiteuta, le ipoteche gravanti sull'uno e sull'altro continuano a gravarli separatamente; ma se l'ipoteca grava soltanto sull'uno o sull'altro diritto, essa si estende alla piena proprietà".

¹¹⁵⁵ Ma "l'abrogazione dell'art. 971 [cioè, della norma che escludeva l'affrancazione del fondo prima dello scadere dei vent'anni dalla costituzione del rapporto, ndr] dovrebbe aver comportato anche quella dell'art. 958, 2° co., c.c., secondo il quale l'enfiteusi temporanea non poteva essere costituita per una durata inferiore ai venti anni": P. Vitucci, *Enfiteusi*, in *Dig. disc. priv., sezione civile*, VII, 1991, p. 467.

¹¹⁵⁶ La disposizione è da intendersi nel senso più ampio: cfr. G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 86: "il dettato della norma è da interpretare in senso estensivo, non potendosi dubitare, per quanto già osservato, che il concessionario abbia gli stessi diritti del *dominus* in ordine a tutto quanto concerne il godimento, sia in senso economico che giuridico, della *res*, che viene ad incidere nella sua sfera".

diritto che sul suolo, un diritto reale di enfiteusi, dalle pur amplissime prerogative¹¹⁵⁷. Per parte sua, l'enfiteuta ha l'obbligo, essenziale¹¹⁵⁸, di apportare al fondo miglioramenti¹¹⁵⁹ che ne accrescano il valore, ampiamente intesi¹¹⁶⁰, purché di carattere duraturo¹¹⁶¹, e di pagare al concedente un canone periodico, in danaro o natura, onere reale che circola congiuntamente al diritto di enfiteusi¹¹⁶². Gravano generalmente su di lui pure le imposte e gli altri pesi sul fondo¹¹⁶³, salvo patto contrario (che non può in ogni caso imporre al concedente un esborso superiore all'ammontare del canone). Le parti possono più o meno specificamente convenire nel titolo la natura e la portata delle migliorie ed è loro possibile anche escludervi il mutamento di destinazione economica del bene, altrimenti consentito senza limiti¹¹⁶⁴. L'enfiteuta è altresì tenuto a compiere la ricognizione del diritto del concedente, su richiesta di quest'ultimo, a partire dal diciannovesimo anno dalla costituzione del diritto, al fine di prevenire pretese di acquisto della piena proprietà da parte dell'enfiteuta per via di prescrizione acquisitiva. Malgrado autorevoli critiche¹¹⁶⁵, ancora ricorre nelle interpretazioni contemporanee dell'enfiteusi un utilizzo della

¹¹⁵⁷ Cfr. M. Paradiso, *L'accessione al suolo*, artt. 934-938, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, p. 82; G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 86; *contra*, 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; distinguendo la sorte di addizioni separabili, prospettando per esse una proprietà provvisoria dell'enfiteuta, e inseparabili, v. A. Carrozza, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, vol. I, Milano, 1965, pp. 304-309.

¹¹⁵⁸ G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 87.

¹¹⁵⁹ Sulla portata attuale di tale obbligazione, a fronte dell'amplissima prerogativa di affrancazione dell'enfiteuta, v. G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 57-64.

¹¹⁶⁰ V. Cass. civ., sez. II, 18 marzo 1959, n. 832, RFI, 1959, *Enfiteusi*, 19: "In tema di enfiteusi, deve ricomprendersi nel concetto di miglioria tutto ciò che accresce il valore del fondo e, quindi, qualsiasi costruzione o addizione, anche se la produttività del fondo non ne venga incrementata".

¹¹⁶¹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 19 ottobre 1954, n. 3877, RFI, 1954, *Enfiteusi*, 19: "è miglioramento in genere ogni opera che accresca il valore del fondo, ossia che attenga, in particolare, alla sua struttura, come quello inerente a dissodamenti, a sistemazioni del terreno, governo delle acque, viabilità, costruzioni rurali, piantagioni, dotazione delle necessarie scorte e così via: si deve trattare, insomma, di miglioramenti a carattere duraturo adeguati alla natura ed all'estensione del fondo, in quanto solo essi possono aumentare la produttività e quindi il relativo valore".

¹¹⁶² Peralto, in caso di alienazione, il nuovo enfiteuta è obbligato solidalmente col precedente al pagamento dei canoni non soddisfatti.

¹¹⁶³ Con i relativi aumenti, intervenuti nel corso del tempo: Cass. civ., sez. II, 20 maggio 1942, n. 1344, RFI, 1942, *Enfiteusi*, 19.

¹¹⁶⁴ G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 86-87.

¹¹⁶⁵ Soprattutto sviluppatasi sotto la vigenza del codice del 1865, ma presenti anche in commentatori del testo del 1942: v. per es. L. Cariota-Ferrara, *L'enfiteusi*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1950, pp. 155 ss.

terminologia della teoria del doppio dominio¹¹⁶⁶, sia pure solitamente accompagnata dalla qualificazione anche di diritto reale di godimento su cosa altrui¹¹⁶⁷, in cui il dominio utile consiste nella piena gestione del bene con l'attribuzione della pressoché totalità delle prerogative dominicali, compresa, salvo patto contrario, la facoltà di mutare la destinazione del fondo, mentre il dominio diretto consiste fondamentalmente nel diritto alla percezione del canone, ma, in determinati casi (scadenza del termine o devoluzione), è passibile di ricomporsi in una piena proprietà. Finché non sia avvenuta tale ricomposizione a suo favore, il concedente non è neanche legittimato alla costituzione di servitù passive sul fondo¹¹⁶⁸. Si sono brevemente descritti il variare nel corso del tempo della legislazione concernente la misura del canone e il frammentario regime risultante dalla stratificazione d'interventi del legislatore e del giudice delle leggi. Ogni remissione o riduzione del canone per situazioni d'inattesa sterilità del fondo o di perdita dei frutti è esclusa, mentre il perimento di una parte notevole del fondo tale da rendere sproporzionato il canone dà diritto all'enfiteuta, entro un anno dal fatto, di richiedere una congrua riduzione del prezzo, ovvero di rinunciare al suo diritto, rilasciando il fondo e giovando del rimborso dei miglioramenti sulla parte residua; infine, il perimento totale del fondo fa estinguere l'enfiteusi.

L'enfiteuta, cui è preclusa la subenfiteusi, può però disporre del proprio diritto, tanto per atto tra vivi quanto per via testamentaria, senza che per questo sia dovuta alcuna

¹¹⁶⁶ Cass. civ., Sez. II, 3 gennaio 1995, n. 52, MFI, 1995, 5; Cass. civ., sez. II, 12 ottobre 2000, n. 13595; in tal senso, più consapevolmente v. la ricostruzione di G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 62-63: "Che il godimento da parte [del concessionario] abbia il carattere della « pienezza » e sia assicurato da una serie di strumenti tecnici, idonei a determinare l'assorbimento del diritto del concedente e il consolidamento dei poteri dominicali in capo all'enfiteuta, ove quest'ultimo manifesti corrispondente volontà al riguardo, è del tutto compatibile con codesta configurazione; la quale null'altro consente di ritenere, se non che, nella nuova prospettiva, segnata dalle leggi speciali, il diritto di enfiteusi sia partecipe della stessa natura della proprietà, omogeneo cioè rispetto ad essa, e, competendo all'uno e all'altro soggetto poteri autonomi e concorrenti sullo stesso bene, fin quando il rapporto perdura, tale rapporto abbia per contenuto una vera e propria situazione di « proprietà divisa »".

¹¹⁶⁷ E. Giovanelli, *L'enfiteusi*, in AA.VV., *Proprietà e diritti reali. I: Proprietà – Beni – Multiproprietà – Superficie – Enfiteusi*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2011, p. 699; Cass. civ., sez. II, 10 ott. 1962, n. 2904, MFI, 1962, 821; Cass. civ., sez. I, 16 nov. 1971, n. 3261, MFI, 1971, 947.

¹¹⁶⁸ Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 1995, n. 52, MFI, 1995, 5; su enfiteusi e servitù, v. artt. 1077 ("Le servitù costituite dall'enfiteuta sul fondo enfiteutico cessano quando l'enfiteusi si estingue per decorso del termine, per prescrizione o per devoluzione") e 1078 C. c. ("Le servitù costituite dall'enfiteuta a favore del fondo enfiteutico non cessano con l'estinguersi dell'enfiteusi. Lo stesso vale per le servitù costituite dall'usufruttuario a favore del fondo di cui ha l'usufrutto").

prestazione al concedente; limitazioni a tale possibilità di disposizione possono essere convenute nell'atto costitutivo solo per un tempo non superiore ai vent'anni¹¹⁶⁹. L'enfiteuta può anche a sua volta concedere in locazione beni su cui eserciti il proprio diritto: tali contratti, al momento della cessazione dell'enfiteusi, continueranno per la durata stabilita nel limite dei cinque anni successivi alla fine del diritto reale, purché risultino da atto pubblico o scrittura privata di data certa anteriore; qualora però la cessazione avvenga per la scadenza del termine stabilito, le locazioni non dureranno in ogni caso oltre l'anno o, per fondi rustici il cui principale raccolto è biennale o triennale, oltre la fine del biennio o triennio in corso.

Il codice prevede due specifiche ipotesi di ricongiungimento del dominio utile e del dominio diretto in una sola proprietà, in capo all'enfiteuta ovvero al concedente, prima della scadenza del termine pattuito. Il primo caso, a beneficio dell'enfiteuta (o, in alcuni casi, dei suoi creditori) è l'affrancazione; il secondo, stavolta in capo al concedente, è la devoluzione, che questi può chiedere in presenza di specifici presupposti legali: se l'enfiteuta deteriora il fondo o non adempie all'obbligo di migliorarlo o è in mora di pagamento del canone per almeno due annualità – in questo caso, l'enfiteuta può sanare la propria situazione debitoria fino a che non sia intervenuta nel giudizio sentenza. La legislazione attuale manifesta un deciso favore per l'affrancazione¹¹⁷⁰, facoltà non pregiudicata dalla domanda di devoluzione, anzi in tal caso aperta anche ai creditori dell'enfiteuta, ammessi a intervenire in giudizio per conservare le loro ragioni; neanche la dichiarazione del concedente di valersi della clausola risolutiva espressa impedisce l'esercizio del diritto di affrancazione. In ogni caso, al cessare dell'enfiteusi¹¹⁷¹, all'enfiteuta spetta il rimborso dei miglioramenti, quantificato alla stregua del conseguente aumento di valore del fondo al momento della riconsegna: gli è anche concesso un diritto di ritenzione del bene fino al soddisfacimento di tale suo credito, purché in giudizio sia stata fornita qualche

¹¹⁶⁹ Nel caso di alienazione malgrado tale divieto, l'enfiteuta rimane solidalmente tenuto ai propri obblighi insieme all'acquirente.

¹¹⁷⁰ Particolarmente esaltata da alcune interpretazioni, che fanno della stessa addirittura una sorta di "diritto-dovere" dell'enfiteuta: v. A. Iannelli, *La nuova enfiteusi*, Napoli, 1975, p. 131; argomentando, invece, sulla non ineluttabile necessità dell'esito dell'affrancazione, cfr. G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 61.

¹¹⁷¹ Per i casi di risoluzione incolpevole del rapporto, ma anche per ogni caso di risoluzione, anche dipendente dall'enfiteuta; e per tutti i miglioramenti nel periodo del rapporto, ma non per quelli successivi alla sua cessazione in caso di ritardata restituzione del fondo: *Cass. civ., sez. II, 15 marzo 1995, n. 3038, RFI, 964, enfiteusi, 5-6.*

prova della sussistenza in genere dei miglioramenti. Quanto alle addizioni, se è possibile togliere le stesse senza nocumento del fondo e il concedente intende ritenerle, deve pagarne il valore al tempo della riconsegna; altrimenti, se in ogni caso costituiscono miglioramento, sono giuridicamente trattate alla stregua degli altri miglioramenti.

Ammettendo patti difformi, il legislatore del Codice civile – non più, come si è visto, esaustivo della disciplina in materia – qualifica come inderogabili¹¹⁷² le sole prescrizioni codicistiche concernenti la durata minima, la divisione del fondo fra più coenfiteuti, la facoltà di disposizione del diritto dell'enfiteuta, il divieto di subenfiteusi, l'affrancazione e il prevalere di questa sulla dichiarazione del concedente di valersi della clausola risolutiva espressa. Il diritto reale 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 abbreviata¹¹⁷³. Si è negato nella nostra dottrina che obbligazioni dell'enfiteuta diverse da quelle tipizzate dal legislatore (canone e migliorie) 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

¹¹⁷² Sulla *ratio* di tale previsione e per una sua interpretazione nello stratificato quadro normativo vigente, v. G. Palermo, *L'enfiteusi*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, pp. 73-79.

¹¹⁷³ 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): "E' dubbio se, nel nostro diritto positivo, vi siano casi in cui la legge possa considerarsi direttamente titolo costitutivo del diritto di enfiteusi. Sembra debba risponderci 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, 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*.

dell'originario enfiteuta non è opponibile se l'acquisto è avvenuto prima della trascrizione della domanda di risoluzione¹¹⁷⁴.

c) Italia e Francia: considerazioni comparative

Assimilata argutamente nella dottrina italiana a un lontano parente continentale del *trust* di *common law* – che pure molti ordinamenti giuridici di *civil law* hanno recepito in seguito all'adesione alla Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 – condividendone la funzione di dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale¹¹⁷⁵, 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. In questa tesi, che si presenta nell'insieme come uno studio comparativo 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 trattata 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. La sua fonte, quando non direttamente rappresentata da un atto amministrativo, può presentarsi allora tanto come negoziale, atto tra vivi o *mortis causa*, quanto, a titolo originario, la prescrizione acquisitiva, come peraltro gli autori non mancavano di affermare già sotto la vigenza del vecchio codice¹¹⁷⁶. Diversamente è stato per 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

¹¹⁷⁴ 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".

¹¹⁷⁵ A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XLVII ed., 1999, Padova, p. 489, p. 491.

¹¹⁷⁶ 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, pp. 265-266.

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 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"¹¹⁷⁷. E' un ridimensionamento che pare quasi una sorta di processo di rimozione freudiana, 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.

¹¹⁷⁷ 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 per 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, *MF*, 1971, 947.

Come si è osservato, nella struttura dell'enfiteusi italiana è anche carente, quantomeno come suo elemento fermo e consolidato, il terzo elemento del trittico francese: l'attribuzione ulteriore di un diritto di superficie. L'estensione alle accessioni del diritto dell'enfiteuta, quale disposto dall'articolo 959¹¹⁷⁸, sembrerebbe 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 1865¹¹⁷⁹. 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, come si era già osservato in tema di configurazione della relazione tra diritti reali di usufrutto e di superficie: 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

¹¹⁷⁸ 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: "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 miglione, 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.

¹¹⁷⁹ 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 della 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.

di contatto tra superficie ed enfiteusi¹¹⁸⁰. Risuona così in qualche modo la costruzione del Salis, che, cercando di recuperare in parte nel nuovo sistema codicistico la sua elaborazione precedente¹¹⁸¹, 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 potremmo dire anomala, e quelle altre forme alle quali fa esplicito riferimento il nuovo codice all'art. 952 codice civile"¹¹⁸². Secondo tale impostazione, la categoria

¹¹⁸⁰ 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 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 attergerebbe 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).

¹¹⁸¹ L. Salis, *La proprietà superficiaria*, Padova, 1936, pp. 54 ss.

¹¹⁸² L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 32; si veda anche (p. 28) un'altra ipotesi contemplata dall'Autore: "E' [...] possibile concedere il diritto di superficie a persona che abbia sul fondo altro diritto reale (usufruttuario, usuario, enfiteuta, ecc.). Il diritto di superficie conserverà, anche in tali

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. E' la vocazione espansiva del diritto di superficie – rispondente a istanze sociali variegata 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 osservare ora 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 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'ampissima facoltà di affrancazione dell'enfiteuta: un assetto, ancora rafforzato dalla legislazione sociale del XX secolo¹¹⁸³, che ha reso il rapporto

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.

¹¹⁸³ Cfr. A. Germanò, *Affrancazione di canoni enfiteutici e di altre prestazioni perpetue*, in *Novissimo digesto italiano, 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

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"¹¹⁸⁴. Infine, le incertezze e la frammentazione del regime dell'enfiteusi italiana – o meglio, delle enfiteusi¹¹⁸⁵: rustiche, urbane, precedenti o successive al 28 ottobre 1941, ecc. – conseguenti alla sovrapposizione ricorrente d'interventi legislativi di orientamento 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 raro¹¹⁸⁶, nella fragilità del relativo assetto normativo, anche conseguente all'intervento della Corte

intervento nell'ambito dei contratti agrari e come veicolo di penetrazione dell'interesse pubblico nei rapporti fra proprietà, impresa e lavoro, nell'intento di offrire all'imprenditore-lavoratore un mezzo per unire nelle sue mani proprietà ed impresa".

¹¹⁸⁴ L. Francario, *Nuove tecniche di intervento pubblico nell'economia: dalla tipizzazione alla trasformazione dei rapporti agrari*, in *Nuovo diritto agrario*, 1979, pp. 454-455.

¹¹⁸⁵ A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XLVII ed., 1999, Padova, p. 490.

¹¹⁸⁶ Per un'interessante casistica di utilizzi italiani dell'enfiteusi, sia pure rari e datati, al di fuori di contesti meramente rurali (per esempio, su uno stabilimento industriale o su un fabbricato destinato ad albergo), v. E. Giovanelli, *L'enfiteusi*, in AA.VV., *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 poco colti) 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.

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 piene¹¹⁸⁷.

In definitiva, l'enfiteusi italiana è prima di tutto il prodotto d'intense lotte sociali e peccerebbe 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 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

¹¹⁸⁷ Tra tutte, si veda la vicenda, recentemente affiorata alle cronache di giornale, dei livelli baronali di San Felice Circeo; v. anche *App. Firenze, sez. agraria, 13 ottobre 2017, n. 2196*. Per l'estinzione di alcuni diritti di proprietario eminente rimasti in capo ad amministrazioni e aziende autonome dello Stato e al Fondo edifici di culto, v. legge del 29 gennaio 1974, n. 16, art. 1; legge del 20 maggio 1985, n. 222, art. 60.

sviluppata come ibrido in un "posto di mezzo tra la *venditio* e la *locatio*"¹¹⁸⁸, 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 trasporta 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 integrare, quando utile e proficuo per la realizzazione delle operazioni desiderate, l'attribuzione anche di un diritto reale di superficie. D'altronde, anche al di là dei sistemi specificamente presi in considerazione in questa tesi, la dottrina comparatistica si è soffermata sull'attualità delle istanze sottese all'enfiteusi e sulla sua estrema adattabilità a rivestire della solida veste della realtà, in materia di assetti immobiliari, contenuti convenzionali piuttosto variegati e soggetti alla necessità di revisioni periodiche, senza rinunciare alla solidità del diritto; 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 interessati¹¹⁸⁹. Per sviluppare tali aspetti dei diritti reali oggetto di analisi,

¹¹⁸⁸ V. Simoncelli, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in V. Simoncelli, *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 332.

¹¹⁸⁹ 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

che ne confermano l'attualità e 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 della tesi 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 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.

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”.

A) Locazioni reali e crisi del modello francese di proprietà

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 accuratamente) quel delicato punto di contatto esistente tra obbligatorietà e realtà e, nella realtà, 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 commisurarla agli altri ordinamenti oggetto d'interesse. Servendosi delle nozioni appena assorbite, è opportuno ora – prima di rimettere a fuoco l'operare della superficie sotto forma di proprietà di volumi – allontanare lo sguardo per poter verificare l'effettivo dispiegarsi, nelle manifestazioni analizzate del diritto di superficie, di alcuni fenomeni generali retrostanti, accennati nella prima parte della tesi. 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'oltremontana, facendo emergere tendenze comuni, a livello profondo, tra ordinamenti continentali e mondo del diritto di *common law*.

a) La 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 primo, 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 giusnaturalisti¹¹⁹⁰, non manca di una consistenza quasi mistica, di ornamento e presidio di quella proprietà unitaria che, invece, le locazioni reali contribuiscono in maniera decisiva a disgregare. Ma, in maniera ancora più diretta e immediata, a sfasciarsi, con la proliferazione delle locazioni superficiali, 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 reale¹¹⁹¹. Pertanto oggi, con il dilagare di locazioni superficiali differenziate, rivolte ciascuna a soddisfare esigenze varieghe 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 in altri blocchi di legislazione e nella prassi.

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'accessione¹¹⁹²: è questa una sollecitazione che in Francia l'interprete di oggi e, nella prospettiva 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

¹¹⁹⁰ 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.

¹¹⁹¹ 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".

¹¹⁹² 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".

maggiormente discreta agli articoli 934 e seguenti, con una terminologia e una strutturazione delle regole meno vincolate alla necessità d'inscrivere 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 ausiliarità *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 preminente¹¹⁹³. E' allora il variare nell'economia e nella percezione sociale, nel corso del tempo, dei rapporti di preminenza tra beni, 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.

b) Proprietà 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 apologeti¹¹⁹⁴. Attributi tradizionalmente associati alla visione della proprietà francese, che s'intendeva colare nello stampo del diritto romano, sono unitarietà, assolutezza, esclusività, perpetuità. Le locazioni superficiali mettono in discussione tutti questi caratteri e, attraverso di essi, in definitiva l'identità stessa della proprietà nel diritto

¹¹⁹³ Cfr., diffusamente, G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Parigi, 1969, pp. 501 ss.

¹¹⁹⁴ 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.

civile francese¹¹⁹⁵, da molto tempo seriamente oscillante 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*¹¹⁹⁶.

Sempre meno unitaria¹¹⁹⁷, la proprietà del suolo accoglie quindi, nel quadro delle locazioni superficiali, 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. 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 convenzionale scelto dalle parti o impostato dal legislatore per loro stessa tutela o in vista di un interesse generale. L'espedito, 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 espedito, costruito faticosamente negli interstizi di alcuni articoli del *Code*¹¹⁹⁸,

¹¹⁹⁵ 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".

¹¹⁹⁶ 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.

¹¹⁹⁷ 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".

¹¹⁹⁸ 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 difficulté diviser un champ en deux parcelles distinctes afin de les céder à deux propriétaires différents".

senza 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 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. E' 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 immobile¹¹⁹⁹. 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 del fenomeno complessivo 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 il riemergere prepotente, in un nuovo contesto, delle strutture latenti della proprietà gemanistica, rimaste sommerse ma mai eradicato sotto la patina romanistica del *Code civil*¹²⁰⁰: si tratta proprio di quelle strutture che,

¹¹⁹⁹ 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 superficiare*, Parigi, 1983, pp. 191 ss.

¹²⁰⁰ 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".

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, dinamica¹²⁰¹, 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 semif feudale *property* d'oltremarina. 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 superficiali¹²⁰²? Anche nella dottrina italiana, malgrado alcune resistenze¹²⁰³, 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

¹²⁰¹ 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".

¹²⁰² 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 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".

¹²⁰³ V. F. De Martino, *Della proprietà*, in AA.VV., *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.

codicistico¹²⁰⁴, più moderno di quello francese e aperto ad 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 tempo¹²⁰⁵, 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

¹²⁰⁴ 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'obbiettivo 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 idiosincratice, 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*, ne *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.*

¹²⁰⁵ 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.

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 effetti, come si è osservato e come si approfondirà nel prosieguo, non a caso lo strumento tecnico di cui si è servito 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'oltremarica 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 XX^e 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"¹²⁰⁶.

B) Dalla proprietà limitata alla proprietà conformata

Proprio dalla dottrina italiana, emergono riflessioni di estrema utilità per inquadrare i fenomeni in discorso. A loro volta debitrice in misura non indifferente delle elaborazioni francesi in tema di funzione sociale della proprietà e discipline legislative dei poteri del *dominus*¹²⁰⁷, 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"¹²⁰⁸. Lasciatasi alle spalle, come presto avrebbe fatto il nuovo Codice civile italiano, l'assolutezza del diritto di proprietà¹²⁰⁹, 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

¹²⁰⁶ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parigi, 1989, pp. 272-273.

¹²⁰⁷ 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 AA.VV., *Mélanges juridiques dédiés à M. Sugiyama*, Tokyo, 1940, pp. 95 ss.

¹²⁰⁸ S. Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 4.

¹²⁰⁹ 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 AA.VV., *Libro terzo, della proprietà*, art. 810-956, II ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 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".

profonda critica della sua stessa unitarietà concettuale di fondo¹²¹⁰, 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 formale¹²¹¹. La proprietà unitaria, in crisi, si fa allora sempre meno stabile e più mutevole, disintegrandosi in schemi autonomi e contingenti, con uno sganciamento anche dal canone della perpetuità¹²¹². 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 legislatore¹²¹³ nell'attuazione di un disegno costituzionale socialmente orientato.

¹²¹⁰ 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.

¹²¹¹ S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, *passim*.

¹²¹² 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".

¹²¹³ 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 superficaria, in AA.VV., *Studi in onore di Leonardo Coviello*, Napoli, 1978, p. 354.

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 edilizia¹²¹⁴. Senza la pretesa di poter affrontare esaurientemente 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 legittimo¹²¹⁵, 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

¹²¹⁴ 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 materia, lasciandone la trattazione al solo diritto amministrativo".

¹²¹⁵ 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".

costruire ottenuto in conformità alla normativa urbanistica¹²¹⁶. 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 edificatori¹²¹⁷, 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 superficiali 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

¹²¹⁶ 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 AA.VV., *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLI, 1990, *La maîtrise du sol (journées camerounaises)*, Parigi, 1992, pp. 487 ss.

¹²¹⁷ 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'articolo 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.

in considerazione¹²¹⁸ 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 immobiliare¹²¹⁹. 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 »"¹²²⁰; si afferma conseguentemente "la pienezza della situazione giuridica spettante al superficiario, cui competono – giova ripetere – tutte le facoltà coerenti

¹²¹⁸ 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, 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".

¹²¹⁹ H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse Poitiers, 1979, pp. 148 ss.

¹²²⁰ G. Palermo, *La superficie*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. VIII: *proprietà*, t. II, Torino, 2002, p. 22.

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 sostanzia 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"¹²²¹.

Capitolo 2) La proprietà di volumi

Sezione 1: Una nuova concezione dell'immobile

Con uno stretto legame ideale con la sezione di tesi 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 della tesi, 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.

¹²²¹ 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".

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 concezione dell'immobile, con particolare riferimento al rapporto con il regime del condominio e (più avanti, nell'ultimo titolo della tesi) 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 : una nuova concezione dell'immobile

L'elaborazione della dottrina francese contemporanea sulla prospettività dell'oggetto della proprietà immobiliare come uno spazio tridimensionale invece che bidimensionale si fonda ampiamente sugli studi di Savatier, che a partire dagli anni cinquanta iniziò a elaborare la nuova nozione, affinendola 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.

a) Dal fondo di terra alla particella catastale: un'astrazione della nozione di bene immobile

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 romano¹²²². 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 distaccatone¹²²³. Tale evoluzione, in linea di principio, avrebbe attenuto piuttosto alla sfera giuridica del diritto fiscale che a 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

¹²²² 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.

¹²²³ 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”.

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 pubblicità¹²²⁴.

b) Dalla superficie piana al volume

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 abituate a concepire il proprio oggetto tanto in estensione orizzontale quanto in altezza¹²²⁵, 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. A maggior ragione, sorprende come invece il diritto, confrontato con l'estensione 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'edificio¹²²⁶.

¹²²⁴ R. Savatier, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, in *RTD civ.*, 1958, pp. 3-6.

¹²²⁵ 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 contiguïtés 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”.

¹²²⁶ R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 104-105.

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 dimensioni¹²²⁷. Questa idea 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 esso¹²²⁸, con una finzione che si pone in sempre più stridente contraddizione con la realtà economica e può dar luogo a speculazioni e situazioni di rendita di posizione ingiustificate nel sentire sociale¹²²⁹. 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

¹²²⁷ 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".

¹²²⁸ 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. 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".

¹²²⁹ 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 !".

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 oggi¹²³⁰. 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 circoscrivere la 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 dirimpenti 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 costruirvi¹²³¹.

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, identificabile attraverso le

¹²³⁰ 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.

¹²³¹ 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".

tecniche della geometria solida, sulla cui base ridefinire i sistemi di pubblicità fondiaria¹²³².

c) Proprietà di volumi e diritto di superficie

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 superficie¹²³³. 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.

¹²³² Contra, G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in AA.VV., *Etudes 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".

¹²³³ 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.

Il riferimento teorico al diritto di superficie, anticipato da autori anche molto risalenti¹²³⁴, appare più che altro un espediente 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 *pro futuro*, 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. Da questo risultato storico deriva in particolare l’attuale sembianza nel diritto positivo francese come deroghe al principio dell’accessione immobiliare, ovvero come espressioni di un diritto di superficie, tanto della proprietà (con vocazione alla permanenza) dei volumi¹²³⁵ – 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 locazione¹²³⁶. Tale confusione chiama lo studioso del diritto a un’utile

¹²³⁴ 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 dommage au bâtiment inférieur, et si, d’autre part, une convention expresse ne lui a pas enlevé la faculté d’exhaussement”.

¹²³⁵ 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”.

¹²³⁶ 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

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 dottrinali¹²³⁷, 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, come espressione di un diritto di superficie o, più propriamente, come oggetto in generale del diritto di proprietà immobiliare, si conferma l'opportunità nella presente tesi di uno studio del fenomeno, forma di dissociazione giuridica dell'immobile che rientra in ogni caso a pieno titolo nel suo argomento¹²³⁸.

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

constitution de droits de superficie, dans le cadre des 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 AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e 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.

¹²³⁷ 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".

¹²³⁸ Cfr., nella dottrina di oggi, J.-C. Chaput, S. Rohegude, *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".

utilizzo di una simile nozione¹²³⁹, 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 sussistono 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 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, abitazioni¹²⁴⁰. 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*,

¹²³⁹ 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 come 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.

¹²⁴⁰ 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 *AA.VV., Pratique et évolution de la copropriété, 73^e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 413 ss.

condominio¹²⁴¹. 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 sviluppata¹²⁴². La proprietà di volumi ha fatto ingresso solo recentemente nel testo della legge sulla comproprietà (art. 24, 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.

¹²⁴¹ 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”.

¹²⁴² 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 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 *AA.VV., 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'esercizio 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>

I pratici del diritto si sono così orientati verso una nuova tecnica¹²⁴³, fondata sulla costituzione e delimitazione attraverso uno stato descrittivo – nello spazio al disopra, al disotto e attraverso il piano virtuale di cui si è detto – della posizione di volumi virtuali tridimensionali, ciascuno oggetto di un vero e proprio diritto di proprietà immobiliare, a tutti gli effetti perpetuo¹²⁴⁴, con la cui attribuzione a diversi titolari non si realizza in alcun modo una forma d’indivisione o di comproprietà¹²⁴⁵, avendosi esclusivamente una giustapposizione di diritti di proprietà esercitati da diversi titolari su spazi geometricamente definiti¹²⁴⁶. A fondamento di tale pratica, e in conseguenza

¹²⁴³ 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 AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e 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”.

¹²⁴⁴ 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 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”.

¹²⁴⁵ 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.

¹²⁴⁶ 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 champs 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 des dites 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

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 immobiliare¹²⁴⁷, 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 volumi¹²⁴⁸ – 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 contratti, quello ceduto sarebbe

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 1 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 la loi “ALUR”, agli artt. 28, IV, e 29-8, I, della legge sulla comproprietà.

¹²⁴⁷ P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e 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, p. 1221-1227; G. Daublou, *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.

¹²⁴⁸ 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”.

semplicemente il diritto reale immobiliare di costruire su un suolo altrui, acquistando poi, virtualmente in perpetuo, la proprietà delle opere realizzate¹²⁴⁹. 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 realizzata¹²⁵⁰. 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 conferito¹²⁵¹.

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 terzi¹²⁵². Pare però opportuna, a questo proposito, una

¹²⁴⁹ J.-P. Bertrel, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Droit et patrimoine*, 1994, n. 21, pp. 44 ss.

¹²⁵⁰ 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.

¹²⁵¹ 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.

¹²⁵² A. Pône, *Volumes immobiliers et droit de propriété (Libres et périlleuses réflexions)*, in AA.VV., *Liber amicorum Georges Daublon*, Parigi, 2001, pp. 236-237; Y. 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”.

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 cessionari¹²⁵³. 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, che ne aumenta 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'operazione¹²⁵⁴, il rischioso evento di diniego del permesso o di suo ritiro, nei limiti in cui ciò è consentito¹²⁵⁵, può portare a uno svuotamento pressoché totale delle prerogative dominicali, tanto più evidente quando esse hanno come oggetto dei volumi d'aria¹²⁵⁶. 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

¹²⁵³ 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.

¹²⁵⁴ 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.

¹²⁵⁵ 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.

¹²⁵⁶ 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”.

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 in discorso al sistema della proprietà civilistica in senso stretto, 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"¹²⁵⁷. 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 edificatoria¹²⁵⁸: 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 acquisitiva¹²⁵⁹, al successivo, più consolidato, possesso dei locali

¹²⁵⁷ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. I, IV ed., Parigi, 1906, pp. 678-679.

¹²⁵⁸ P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, p. 311.

¹²⁵⁹ Favorevole in generale alla possibilità di usucapire un volume, v. J.-C. Chaput, S. Rochegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, 103^e 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 AA.VV., *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, pp. 291-292; P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI

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, solitamente 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 volumi¹²⁶⁰, prevedendovi anche una ripartizione dei diritti di costruire conforme ai permessi ottenuti sulla base della legislazione urbanistica¹²⁶¹, e procedendo poi alla loro pubblicità fondiaria e all'alienazione come immobili da costruire 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 acquistati¹²⁶². I volumi, geometricamente identificati, sono venduti come cose di specie, già esistenti a partire dal momento della ripartizione¹²⁶³: 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

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".

¹²⁶⁰ Sulle cui tecniche v., approfonditamente e con esempi pratici, C. Destame, R. Bombreault, *Pratique de l'état descriptif en volumes*, Parigi, 1995.

¹²⁶¹ J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, p. 1869.

¹²⁶² R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in *D.*, 1976, *Chronique*, pp. 107-108.

¹²⁶³ 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".

concorso con altri creditori dell'alienante, a meno che quest'ultimo non 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 volume¹²⁶⁴. Occorre rimarcare che i volumi in quanto tali, geometricamente definiti e delimitati, sono oggetto di appropriazione, come immobili per natura¹²⁶⁵ 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 accessione¹²⁶⁶. 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 disposizione del costruttore¹²⁶⁷. 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*

¹²⁶⁴ 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. A 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 !".

¹²⁶⁵ Raccomandazione n. 5 (aggiornata nel 2008) della *Commission relative à la copropriété*, <http://www.jpm-copro.com/Recommandation%2005.htm> ; J.-C. Chaput, S. Rohegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, 103^e congrès des notaires de France, Malesherbes, 2007, p. 457.

¹²⁶⁶ J.-C. Chaput, S. Rohegude, *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. Daublou, *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 AA.VV., *Etudes dédiées à Alex Weill*, Parigi, 1983, p. 288.

¹²⁶⁷ J.-C. Chaput, S. Rohegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, 103^e 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> .

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 interseca¹²⁶⁸. Tale ruolo è particolarmente delicato, nonché fondamentale per la riuscita del progetto, che, quando di grande entità, s'inquadra spesso in operazioni di urbanizzazione concertate 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, mantenendo per sé i volumi virtuali superiori e inferiori

¹²⁶⁸ Per la precisione, servendosi di cifre che indicano (P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e 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 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.

alle costruzioni già effettuate¹²⁶⁹. Man mano 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 terreno, dando luogo a possibili difficoltà d'interfaccia¹²⁷⁰. 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 costruire¹²⁷¹. 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 costruiti¹²⁷², quanto l'adempimento dell'obbligo di ogni proprietario di volume verso gli altri

¹²⁶⁹ P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1228.

¹²⁷⁰ J.-C. Chaput, S. Rochegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, 103^e congrès des notaires de France, Malesherbes, 2007, p. 511.

¹²⁷¹ 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.

¹²⁷² V. *Code civil*, artt. 1792 ss.

proprietary 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'appalto¹²⁷³. La tecnica della divisione in volumi è stata paragonata, come suo equivalente tridimensionale, a quello che, per una superficie piana, è la lottizzazione¹²⁷⁴: 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 particolare¹²⁷⁵.

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

¹²⁷³ 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.

¹²⁷⁴ M. Faure-Abbad, *La propriété d'un volume*, in *Le propriété/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 propriété foncière*, in *JCP N*, 2011, n. 1120.

¹²⁷⁵ *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".

unilaterali o reciproche¹²⁷⁶ (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 proprietà¹²⁷⁷, 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 dei volumi oggetto di appropriazione individuale e dei servizi collettivi, 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 le stesse negli atti di alienazione e sub-alienazione¹²⁷⁸. 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 a beneficio di uno o più degli altri volumi¹²⁷⁹. Tuttavia, la legittimità di tali obbligazioni reali si può rinvenire nella disciplina delle associazioni sindacali di

¹²⁷⁶ 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.

¹²⁷⁷ 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.

¹²⁷⁸ 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'assentissement 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".

¹²⁷⁹ 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*.

propriétaires, 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 perimetro¹²⁸⁰.

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 volumi¹²⁸¹, quale regolata dall'*ordonnance* n. 2004-632 del 1 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 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 potere contrattuale per conto dell'insieme immobiliare e di poteri di gestione corrente, 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 ipotesi¹²⁸². Visto il quadro prettamente negoziale in cui il modello di costruzione in

¹²⁸⁰ 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. 3^e civ., 19 févr. 1980, JCP N, II, 1980, 233*.

¹²⁸¹ 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".

¹²⁸² 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; 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

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 osservate obbligazioni reali e sostegno indispensabile di tutto l'assetto della divisione in volumi¹²⁸³. L'associazione può giovare, 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 sopraelevazioni, e quello sottostante, per nuovi scavi che si dovessero rendere utili¹²⁸⁴.

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

division en volumes est une division en propriétés exclusivement divisées. 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.

¹²⁸³ 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.

¹²⁸⁴ P. Chambelland, Y. Rousseau, A. Haloche, *Copropriété et grands ensembles, la construction en volumes*, in *AJPI*, 1981, p. 700.

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*¹²⁸⁵. 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 riservata su alcuni locali della costruzione che sarebbe sorta sopra un terreno da essa venduto... ovvero, praticamente, su un volume d'aria¹²⁸⁶! 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 suolo¹²⁸⁷. 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 ulteriormente una divisione dell'immobile e l'esistenza di una comproprietà delle parti comuni per derogare al principio¹²⁸⁸. I giudici si esprimevano anche a favore della proprietà separata di una terrazza che gravava sul tetto dell'abitazione di un altro soggetto¹²⁸⁹, mantenendo al tempo stesso fermo il principio che solo la prova contraria risultante da titolo o

¹²⁸⁵ *Cass. civ.*, 30 nov. 1853, *D.*, 1854, I, 17.

¹²⁸⁶ *Cass. req.*, 27 avr. 1891, *DP*, 1892, I, 219.

¹²⁸⁷ *Cass. civ.*, 1^{er} août 1866, *D.*, 1866, I, 305; cfr. *Cass. 3^e civ.*, 20 nov. 1996, n. 95-70091; *CA Paris*, *ch. expr.*, 25 sept 1997, *JCP N*, 1998, 847.

¹²⁸⁸ *Cass. 3^e civ.*, 11 déc. 1969, *Bull. civ. III*, n. 832.

¹²⁸⁹ *Cass. 3^e civ.*, 7 oct. 1998, n. 96-18748.

usucapione, e non un semplice insieme di presunzioni concordanti, può combattere la presunzione di proprietà del domino del suolo¹²⁹⁰.

In seguito alla diffusione della pratica della divisione in volumi e loro successiva cessione a diversi proprietari¹²⁹¹, 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 applicazioni nelle città francesi. Al contrario, l’istanza giudiziaria suprema ha 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 privati¹²⁹². 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

¹²⁹⁰ *Cass. 1^{re} civ.*, 18 déc. 1967, *Bull. civ. I*, n. 370; *Cass. 3^e civ.*, 26 mai 1992, n. 90-22145; *Cass. 3^e civ.*, 7 oct. 1998, n. 96-18748; *Cass. 3^e civ.*, 12 juill. 2000, n. 97-13107; *Cass. 1^{re} civ.*, 23 janv. 2008, n. 07-10457.

¹²⁹¹ *Cass. 3^e civ.*, 11 oct. 2000, n. 99-10509; *Cass. 3^e civ.*, 31 mai 2007, n. 06-13071.

¹²⁹² *Cass. 3^e 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. I, sect. A*, 22 juin 2004, n. *JurisData* 2004-250385.

immobiliare con un unico atto¹²⁹³. Tanto più rilevante risulta pertanto una precisa 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 notaio¹²⁹⁴.

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. Dopo la codificazione del 1804 – che peraltro sul punto non si discostava significativamente dal diritto di matrice

¹²⁹³ V. Cass. 3^e 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 1^{er} 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, 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”.

¹²⁹⁴ J.-C. Chaput, S. Rochegude, M. H. Louvel, *L’organisation conventionnelle de l’espace*, in AA.VV., *Division de l’immeuble: le sol, l’espace, le bâti*, 103^e congrès des notaires de France, Malesherbes, 2007, pp. 481-482.

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 diffusione¹²⁹⁵, 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 – al testo (dispositivo) dell’articolo 664, che regolava 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 gradualmente 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 forzosa¹²⁹⁶, d’indivisione¹²⁹⁷, assetto non sconosciuto al Codice, ma in esso concepito come una condizione essenzialmente marginale e precaria, pertanto insufficiente per garantire soluzioni stabili alle problematiche qui considerate¹²⁹⁸.

¹²⁹⁵ 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 XIX^e siècle*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l’immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d’Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Roma, 1995, pp. 137-139.

¹²⁹⁶ *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 autonomizzata, di comproprietà: cfr. C. Beroujon, *Entre droits réels et personnels: la concurrence des prérogatives sur l’immeuble urbain au XIX^e siècle*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l’immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d’Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Roma, 1995, pp. 140-141.

¹²⁹⁷ 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 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.

¹²⁹⁸ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 506-508.

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 appartamenti¹²⁹⁹. Riprendendo una costruzione giuridica già corrente¹³⁰⁰, 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 futuro¹³⁰¹. 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 sostituisce 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 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,

¹²⁹⁹ 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 *Etudes offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Parigi, 2001, p. 682.

¹³⁰⁰ 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.

¹³⁰¹ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 508-510.

pubblicità e opponibilità¹³⁰²) 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 rinvia già nel primo articolo della legge del 1965, che fa riferimento a lotti comprendenti ciascuno una parte privata, oggetto di appropriazione individuale, e una quota-parte di parti comuni, che si trovano in uno stato d'indivisione forzosa, concepito, a differenza della concezione tradizionale dell'indivisione, come stabile e durevole nel tempo. La destinazione giuridica privata 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, 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 privati, 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 il peso in sede di assemblea, è proporzionale al valore relativo della parte privata rispetto all'insieme dei valori delle parti private, 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 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

¹³⁰² Sul tutto questo, v., *ex multis*, F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade, *La copropriété*, Parigi, 2010.

destinazione dell'immobile risultante dagli atti, dai suoi caratteri e dalla sua situazione¹³⁰³. 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 essi¹³⁰⁴.

La natura giuridica complessa del *lot de copropriété* ha ben prestato lo stesso a varie e persino divergenti interpretazioni. Una tesi, detta dualista, 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 private, 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 private su quello, accessorio¹³⁰⁵, di comproprietario delle parti sottoposte a indivisione forzosa¹³⁰⁶. 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 private 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 private, di un'azione di divisione o di vendita forzata. In effetti, l'acquisto della situazione di

¹³⁰³ 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.

¹³⁰⁴ F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, pp. 554-555.

¹³⁰⁵ V. Cass. 1^{re} 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-proprétaire subit le concours du droit des autres copropriétaires”.

¹³⁰⁶ Per un quadro riassuntivo di tale teoria, v. F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade, *La copropriété*, Parigi, 2010, pp. 111-112.

comproprietario è sempre, su un piano degli interessi dei soggetti coinvolti, strettamente funzionale all'acquisto della proprietà esclusiva della parte privata¹³⁰⁷. 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 esso¹³⁰⁸. 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 periodo¹³⁰⁹. Il diritto in questione sarebbe allora essenzialmente un diritto di comproprietà sull'edificio, non soggetto ad azione di divisione, con l'ulteriore particolarità di assegnare una prerogativa privata 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 private 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

¹³⁰⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3: *les biens*, XIX ed., Parigi, 2000, p. 292.

¹³⁰⁸ 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. Azoulay, *Le droit de copropriété par appartements*, thèse Paris, 1956; C. Thibierge, *Le statut des immeubles en copropriété*, in AA.VV., *Le notariat et la propriété immobilière moderne, 55^e 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. Piédelièvre, *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 *Etudes offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Parigi, 2001, pp. 681 ss.

¹³⁰⁹ 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".

pavimento e soffitto¹³¹⁰ (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 natura¹³¹¹. 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 collettivi¹³¹².

Tra le due tesi, *de iure condito* quella unitaria sembra confarsi maggiormente, oltre forse ai sistemi di comproprietà di altri ordinamenti europei, alla tradizione delle proprietà simultanee francesi in cui la moderna comproprietà immobiliare può affondare le proprie radici ideali¹³¹³, mentre quella dualista appare complessivamente

¹³¹⁰ 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. 1^{re} 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".

¹³¹¹ P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, VI ed., Parigi, 2015, pp. 256-257; cfr. *Cass. 3^e civ., 15 nov. 1989, n. 87-18188*.

¹³¹² 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 divisée 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 l'ensemble du lot. Il n'y a pas un droit de propriété sur la fraction divisée 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".

¹³¹³ 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 XIX^e 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

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 giudiziario¹³¹⁴ e dalla necessità continua d'interventi 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, indissolubilmente¹³¹⁵, di una quota-parte della proprietà indivisa dell'immobile o gruppo d'immobili e di un volume spaziale oggetto di appropriazione esclusiva¹³¹⁶. Di particolarmente notevole in tale dibattito, ai fini della presente tesi, 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

copropriétaire, qu'elle analyse par référence à l'exclusivisme, ce qui rend bien difficile la cohérence des solutions".

¹³¹⁴ V. Ph. Simler, *Copropriété et propriété en volumes: antinomie ou symbiose?*, in *Etudes offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Parigi, 2001, p. 679: "La copropriété par lots régie par la loi du 10 juillet 1965 apparaît [...], 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.

¹³¹⁵ Cass. 3^e civ., 1 mars 2006, n. 04-18547; Cass. 3^e civ., 31 janv. 2007, n. 0612404; D. Sizaïre, *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.

¹³¹⁶ 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. 3^e civ., 30 juin 2004, n. 03-11562.

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 composta del lotto di comproprietà¹³¹⁷, sembra allora una sfida 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 condominio¹³¹⁸, 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 espansione¹³¹⁹. Si è osservato in proposito che l'"istituto del condominio, pur

¹³¹⁷ 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 di una quota parte delle parti comuni, tra cui il suolo stesso: *Cass. 3^e 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".

¹³¹⁸ 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.

¹³¹⁹ 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, 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

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 »¹³²⁰.

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 spazi appartenenti a privati. Un'altra difficoltà risiede nella possibile opportunità di un regime convenzionale in grado di funzionare già nel periodo della costruzione¹³²¹: 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 di divisione in

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, *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, pp. 59 ss.

¹³²⁰ N. Brutti, *L'istituto del condominio: ratio e caratteri distintivi*, in S. Sica (diretto da), *Il condominio*, Bologna, 2012, p. 5.

¹³²¹ J.-C. Chaput, S. Rochegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103^e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007, pp. 461-462.

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, in quanto parte privativa del lotto¹³²². 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 diversificate¹³²³. Anche la compresenza di locali destinati ad attività significativamente diversificate 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 differenti¹³²⁴. 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 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 utilizzerà¹³²⁵. 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 legislatore¹³²⁶: il fatto che le parti comuni siano

¹³²² Cass. 3^e civ., 15 nov. 1989, n. 87-18188; Cass. 3^e civ., 14 nov. 1991, n. 89-21167.

¹³²³ B. Leclercq, *Les ensembles immobiliers*, in AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété*, 73^e congrès des notaires de France, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 433 ss.

¹³²⁴ Cass. 3^e 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. 3^e civ., 6 mars 1991, n. 89-14374.

¹³²⁵ P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1220.

¹³²⁶ 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”.

gravate, in ragione dei relativi millesimi, delle ipoteche iscritte sulle parti esclusive può rendere l'operazione alquanto difficoltosa¹³²⁷.

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 libera¹³²⁸, che ben si adatta – talvolta accompagnandovisi – all'utilizzo della tecnica della divisione in volumi¹³²⁹. L'ambito di applicazione si ricava in termini generali dai due commi del primo articolo della legge¹³³⁰, il primo dei quali prescrive che la stessa disciplina ogni immobile edificato, o gruppo d'immobili edificati (“comproprietà orizzontale”), la cui proprietà sia ripartita, tra diverse persone, in lotti comprendenti ciascuno una parte privativa e una quota-parte di parti comuni. Il secondo comma precisa 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'indivisione¹³³¹: altrimenti, in

¹³²⁷ P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, *Les ensembles immobiliers complexes*, in *Rép. Defrénois*, 1975, I, p. 1220.

¹³²⁸ *Cass. 3^e civ.*, 19 févr. 1980, *JCP N*, II, 1980, 233; *Cass. 3^e civ.*, 1^{er} févr. 1989, *Bull. civ. III*, n. 28; *Cass. 3^e civ.*, 8 févr. 1995, *Bull. civ. III*, n. 42.

¹³²⁹ 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”.

¹³³⁰ A rigore, peraltro, non compreso tra gli articoli indicati esplicitamente come inderogabili dall'articolo 43 della legge stessa.

¹³³¹ *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

presenza dei presupposti indicati dalla legge, dovrà 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 prossimità¹³³². 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 dal primo comma¹³³³ e, in particolare, al requisito della ripartizione tra più persone in lotti comprendenti una parte privativa e una quota di parti comuni¹³³⁴. Di conseguenza, in assenza di parti comuni, come può essere il risultato della tecnica della divisione in volumi oggetto di appropriazione esclusiva¹³³⁵, non troverà applicazione il regime della legge del 1965, estraneo a questa diversa modalità di

bénéficiant d’un certain nombre d’éléments d’équipement d’intérêt collectif”; *Cass. 3^e 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. 3^e civ., 19 sept. 2012, nn. 11-13679, 11-13789*, ma già presente in *Cass. 3^e civ., 27 mars 1996, Loyers et copr., 1996, 322*, nonché in *Cass. 3^e civ., 11 févr. 2009, Administrer, 2009, n. 421, 54*; 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 lués, appartiennent à une société ou sont édifiés sur des lots de lottissement”; 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 ?”.

¹³³² 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, *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, pp. 103 ss.

¹³³³ 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".

¹³³⁴ *Cass. 3^e civ., 3 juill. 1984, n. 82-16883*.

¹³³⁵ Cfr. *Cass. 3^e civ., 26 juin 1979, Bull. civ. III, n. 141*; *Cass. 3^e civ., 22 sept. 2009, Administrer, 2010, n. 429, 56*; *CA Paris, 23^e Ch., sect. A, 1^{er} oct. 1985, RDI, 1986, 100*.

ripartizione dello spazio che non prevede la costituzione di parti comuni¹³³⁶, purché, naturalmente, l'operazione non sia volta alla frode alla legge stessa¹³³⁷ o alla disciplina delle lottizzazioni¹³³⁸. 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

¹³³⁶ *App. Rennes, Ch. I, sect. A, 22 juin 2004, n. JurisData 2004-250385; Cass. 3^e 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 créés”; 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: 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 tende ad ammettere con una certa larghezza l’utilizzo della tecnica dei volumi, spesso senza troppa attenzione alla terminologia e all’apparato concettuale utilizzati. 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 dei due commi 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.

¹³³⁷ 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 1^{er} 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”.

¹³³⁸ H. Périnet-Marquet, *Note sous Cass. 3^e civ., 8 sept. 2010, n. 09-15554*, in *JCP*, 2010, *Chronique*, n. 1162, p. 2188.

concrete¹³³⁹, a condizione di mantenersi nel rispetto dei principi di diritto che regolano la materia¹³⁴⁰. 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, rivali¹³⁴¹: due diverse risposte che possono essere date alle istanze poste dalla compresenza in uno stesso immobile o insieme immobiliare di diverse situazioni dominicali, caratterizzate da un regime giuridico del suolo differente, quale si evidenzia in sede di pubblicità fondiaria¹³⁴². 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 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 1965¹³⁴³. Tale fenomeno si è peraltro manifestato sin dalle prime esperienze d'insiemi immobiliari complessi¹³⁴⁴, che talvolta si trovavano a inglobare porzioni di suolo e di

¹³³⁹ 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.

¹³⁴⁰ 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.

¹³⁴¹ 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".

¹³⁴² 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".

¹³⁴³ J.-C. Chaput, *Volumes (construction en-)*, in P. Malinvaud (sotto la direzione di), *Droit de la construction*, VI ed., Parigi, 2013, p. 1763.

¹³⁴⁴ 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

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 applicativi¹³⁴⁵. La 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 descrittivo¹³⁴⁶.

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 volumi¹³⁴⁷, ogni spazio avendo un suo proprietario esclusivo o, al limite, come si è

bâtiments, moyennant l'apport de l'assiette foncière à un 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 *Etudes offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Parigi, 2001, p. 688.

¹³⁴⁵ 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 favorise la possibilité de cette adaptation”.

¹³⁴⁶ 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...).

¹³⁴⁷ 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 indeterminazione dell'ambito di applicazione di tale tecnica: v. *Cass. 1^{re} civ.*, 23 janv. 2008, n. 07-10457; *Cass. 3^e civ.*, 18 janv. 2012, n. 10-27396, su cui v. nota di C. Atias in *AJDI*, 2012, p. 278:

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 confusionaria dei due assetti tale da pregiudicare anche i diritti dei terzi in ragione della situazione d'incertezza che ne deriverebbe¹³⁴⁸. D'altronde, la giurisprudenza rifiuta pure, in una comproprietà, la possibilità di lotti privativi disgiunti da una quota-parte delle parti comuni¹³⁴⁹, 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 1965¹³⁵⁰.

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 comproprietà¹³⁵¹. 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

“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”.

¹³⁴⁸ TGI Lyon, 29 mai 1995, JCP N, 1999, 423.

¹³⁴⁹ Cass. 3^e civ., 29 nov. 1972, n. 71-12576; J.-C. Chaput, S. Rohegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, 103^e congrès des notaires de France, Malesherbes, 2007, pp. 500-501.

¹³⁵⁰ 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”.

¹³⁵¹ 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 *Etudes offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Parigi, 2001, pp. 691-693

giustificare il proprio sistema possono apparire in una certa misura artificiose. La lettura corrente, 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 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*¹³⁵². 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 variegata 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, riducendo la carica "eversiva" dell'istituto nel sistema, ha lasciato in questo caso maggiore spazio a opzioni

¹³⁵² 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 AA.VV., *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.

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 superficario 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 proprietari e a estendersi per accessione a tutto l'edificio è direttamente tale diritto di proprietà¹³⁵³ – come parrebbe confermare la disciplina in tema di perimento del condominio¹³⁵⁴, di problematica compatibilità con la qualificazione di superficie¹³⁵⁵; l'opzione contraria pare però

¹³⁵³ 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 superficiali: v. G. Branca, in più occasioni, tra cui *Acquisto "pro quota" dell'area con diritto parziale di sopraelevazione (nota a Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1971, n. 1674)*, ne *Il foro it.*, 1971, I, 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 superficaria 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.

¹³⁵⁴ 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.

¹³⁵⁵ 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

prevalere sia in dottrina¹³⁵⁶, sia, con oscillazioni, in giurisprudenza¹³⁵⁷, 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 ripartiti¹³⁵⁸. La

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*.

¹³⁵⁶ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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. Nardoza, *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.

¹³⁵⁷ Cfr. *Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2006, n. 4258*.

¹³⁵⁸ 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 AA.VV., *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)*, ne *Il foro it.*, 1971, I, 2962; di tale arresto è interessante il recupero concettuale di una latente funzione residuale del diritto di superficie, *à la française*, fuori

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 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 superficaria *ad aedificandum*¹³⁵⁹.

Tornando alla Francia, si rileva infine l'esistenza di una procedura, introdotta dal legislatore d'oltralpe del 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 volumi¹³⁶⁰.

B) Verso una dematerializzazione anche della proprietà immobiliare

dei canoni ordinari del sistema dei diritti reali del nostro Codice; nella giurisprudenza recente, 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.

¹³⁵⁹ 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)*, ne *Il foro it.*, 1971, I, 2962; G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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.

¹³⁶⁰ 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 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.

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 secolo¹³⁶¹ 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 materie come garanzie, prescrizione civile, obbligazioni e contratti. Le difficoltà sono forse ancora più notevoli in materia di proprietà¹³⁶², 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 avanzata¹³⁶³, 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 *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

¹³⁶¹ 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".

¹³⁶² 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".

¹³⁶³ V. H. Périnet-Marquet (sotto la direzione di), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Parigi, 2009.

germanistica¹³⁶⁴, dematerializzata, avente come oggetto un fascio di diritti di utilizzazione economica, o meglio un monopolio di attività produttiva¹³⁶⁵, 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 tendenza¹³⁶⁶.

E' 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 del diritto vivente della divisione volumetrica alla base di una scomposizione spaziale dei titoli dominicali, l'ingresso anche nei

¹³⁶⁴ 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 incorporeali, ovvero dai diritti, che era l'unica, sia pure sfumata, categoria di cui la tradizione consuetudinaria si interessasse".

¹³⁶⁵ 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.

¹³⁶⁶ 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 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.

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*¹³⁶⁷; 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 categoria degli immobili incorporali, fondamentale nell'*Ancien droit*, con i suoi *offices* e rendite immobiliari e frammentazioni molteplici del dominio, non era del tutto scomparsa nel diritto codificato, in cui, all'articolo 526, rimaneva il concetto degli immobili per il loro oggetto, comprendendovi espressamente diritti reali come l'usufrutto d'immobili e le servitù¹³⁶⁸, nonché le azioni di rivendicazione di un immobile¹³⁶⁹. La proprietà di volumi spaziali rappresenta però un salto di qualità, in virtù della loro qualificazione generale, come si è osservato, nella prassi e nella dottrina dominanti, come immobili per natura¹³⁷⁰ a prescindere dalla loro composizione chimica. Nel sistema codicistico, il prototipo 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,

¹³⁶⁷ Per tale tentativo dottrinale, v. diffusamente R. David, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015.

¹³⁶⁸ 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.

¹³⁶⁹ Categoria allargata in dottrina a tutte le azioni immobiliari: F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, IX ed., Parigi, 2014, p. 48.

¹³⁷⁰ 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 AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, 103^e congrès des notaires de France, Malesherbes, 2007, p. 457.

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 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 dimensione spaziale e non concettualmente bidimensionale, come l'identificazione dell'immobile con la particella catastale ci aveva abituati.

Sezione 2: 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 di civil law

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.

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 giuridica¹³⁷¹. 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 proprietà di volumi spaziali 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 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

¹³⁷¹ P. Lecoq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, pp. 371 ss.

definito. L'alveo teorico 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 ristrettezze¹³⁷². 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 immobiliari¹³⁷³: 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 fondo¹³⁷⁴. Altre voci vedono invece nell'assetto legislativo 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 giorni¹³⁷⁵.

¹³⁷² 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.

¹³⁷³ 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 superficiariaire 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”.

¹³⁷⁴ P. Lecocq, S. Boufflette, A. Salvé, R. Popa, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, 2016, pp. 388-389.

¹³⁷⁵ V. Y. Delacroix, N. Van Damme, *Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 (2^{ème} 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 dissociazione horizontale du droit de propriété est plus

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 superficie¹³⁷⁶; dall'altro, nel quadro della disciplina della superficie, 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 spaziale¹³⁷⁷.

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 già osservato come l'articolo 840 del nostro codice, omettendo di prescrivere¹³⁷⁸ 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

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”.

¹³⁷⁶ *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 Codice – 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.

¹³⁷⁷ *Cour de Cassation, 13 septembre 2013, n. C.12.0422.F*, su cui v. J. Périlleux, *Picasso... un classique ! A propos de la propriété des volumes dans l'espace*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 2014, n. 2, pp. 298 ss.

¹³⁷⁸ Come invece faceva l'art. 440 del Codice precedente.

fondo che egli non abbia interesse¹³⁷⁹ ad escluderle, già si distanzi dalla visione di assolutismo proprietario *usque ad sidera, usque ad inferos* che l'articolo 552 del *Code civil* testimonia, circoscrivendo nello spazio le prerogative che il proprietario può rivendicare¹³⁸⁰. 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 titolo¹³⁸¹, dovendo tale proprietario corrispondere agli altri condomini un'indennità

¹³⁷⁹ 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. 13852; Cass. civ., sez. II, 11 ottobre 2004, n. 20129*.

¹³⁸⁰ 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.

¹³⁸¹ 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 private è reputato una prerogativa accessoria alle parti comuni; diffusamente, sulla disciplina

(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)¹³⁸² e ricostruire il lastrico solare di cui tutti o parte dei condomini avevano il diritto di fare uso – due diverse ricostruzioni giuridiche si erano affermate¹³⁸³: 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'edificio¹³⁸⁴, al netto 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, con la conseguente possibilità di svolgere su di essa in via esclusiva le facoltà inerenti alla

italiana, v. M. Basile, *I diritti e i doveri dei condomini*, in A. Gambaro, U. Morello, *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edifici e comunione*, Milano, 2012, pp. 277 ss.

¹³⁸² 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*.

¹³⁸³ 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.

¹³⁸⁴ 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 AA.VV., *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, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. II, Milano, 1965, pp. 538-539.

prerogativa dominicale sull'edificio¹³⁸⁵. Più specificamente, in materia di diritto di superficie, non era mancato sotto il Codice del 1865, che in tema di superficie si caratterizzava per la stessa preterizione del *Code civil*, chi interpretasse il diritto di superficie 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"¹³⁸⁶; tale impostazione, che ricorda molto da vicino il dibattito francese di questi decenni in tema di proprietà di volumi, è persa in ogni caso generalmente superata dall'avvento del nuovo Codice del 1942¹³⁸⁷. La giurisprudenza che ha affrontato il tema del diritto sullo spazio verticale sovrastante il fondo (cosiddetta "colonna d'aria"), malgrado alcune esitazioni e contraddizioni¹³⁸⁸, ha finito per consolidarsi sulla tesi di escludere ogni autonomo diritto di proprietà sullo spazio aereo¹³⁸⁹. Pertanto, l'idea di un diritto reale su uno spazio aereo ancora non

¹³⁸⁵ V., *ex ceteris*, cfr. *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 AA.VV., *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; 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.

¹³⁸⁶ N. Coviello, *Nota a Cass. Roma, ss. uu., 25 giugno 1892, ne 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, ne Il foro it., 1893, I, cc. 1002 ss.*; V. Simoncelli, *Nota a Trib. civ. Lecce, 8 giugno 1899, ne 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*.

¹³⁸⁷ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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.

¹³⁸⁸ 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".

¹³⁸⁹ 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".

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 volume¹³⁹⁰, con l'autorevolezza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹³⁹¹.

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 economico-sociali degli attori economici, in particolare del mondo delle costruzioni, continueranno a realizzarsi soddisfacentemente 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. E' anche vero che il superficiario italiano – pur non

¹³⁹⁰ 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., 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.

¹³⁹¹ *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.

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 altrui¹³⁹² 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 teorica, 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."¹³⁹³. Se non può costituirsi l'usufrutto di un mero diritto reale di costruire, la concessione di una servitù su di esso pare non meno problematica¹³⁹⁴, 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 pienamente soccorrere neanche il comma secondo dell'articolo

¹³⁹² Per esempio, per la prospettazione del caso in cui alcuni soggetti s'impegnino a costruire un edificio condominiale sul terreno acquistato *pro indiviso*, configurando negoziabilmente 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.

¹³⁹³ *Cass. civ., ss.uu., 4 maggio 1989, n. 2084.*

¹³⁹⁴ 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".

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 edificazione¹³⁹⁵, tale previsione sembra in ogni caso non adattarsi alle necessità della fase della costruzione¹³⁹⁶. 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 solidità¹³⁹⁷ 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) edificatoria¹³⁹⁸. 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 autorità 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,

¹³⁹⁵ Su cui v. G. Branca, *Servitù prediali, art. 1027-1099*, VI ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1987, pp. 41 ss.

¹³⁹⁶ Cfr. *Cass. civ., sez. II, 23 marzo 2017, n. 7562*.

¹³⁹⁷ 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.

¹³⁹⁸ 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.

ma la distribuzione del carico edilizio sul territorio, indipendentemente dal modo con cui esso è attualmente frazionato tra i privati"¹³⁹⁹. 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"¹⁴⁰⁰. 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 e con il possibile coinvolgimento di vari privati e delle autorità comunali.

¹³⁹⁹ A. Candian, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv., sezione civile: aggiornamento*, Torino, 2000, p. 736.

¹⁴⁰⁰ F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015, p. 273; 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.

Tra i molteplici profili della figura in esame, di maggiore interesse per il filo della presente tesi appare quello della qualificazione civilistica del contratto¹⁴⁰¹, 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 superficie¹⁴⁰² e varie soluzioni proposte al quale ricalcano curiosamente proprio la discussione che nel vigore nel Codice del 1865 aveva riguardato l'inquadramento giuridico della concessione edificatoria e quello dello spazio aereo¹⁴⁰³. La stessa Cassazione ha qualificato la convenzione di trasferimento di volumeria come trasferimento di un diritto reale immobiliare¹⁴⁰⁴, o come servitù prediale di contenuto atipico¹⁴⁰⁵, mentre nella dottrina si sono proposte ricostruzioni come servitù di non edificare¹⁴⁰⁶, 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

¹⁴⁰¹ 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*.

¹⁴⁰² 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.

¹⁴⁰³ A. Candian, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, pp. 60-61.

¹⁴⁰⁴ *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*.*

¹⁴⁰⁵ *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*.

¹⁴⁰⁶ 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.

fondiarie stabiliti dallo strumento urbanistico)¹⁴⁰⁷; rinuncia abdicativa¹⁴⁰⁸; rinuncia traslativa o vero e proprio trasferimento riferito a un diritto reale immobiliare¹⁴⁰⁹, opzione accolta pure dalla giurisprudenza sopra citata, di particolare interesse in quanto costituisce un significativo affievolimento del dogma della materialità nel diritto immobiliare¹⁴¹⁰; un diritto di superficie "atipico"¹⁴¹¹, come già menzionato; un diritto reale atipico, non qualificabile come superficie¹⁴¹²; 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 pubblico¹⁴¹³; una cessione, atipica, della posizione contrattuale attiva assunta dal privato concessionario verso la pubblica amministrazione concedente¹⁴¹⁴. Certo è che, attualmente, con l'introduzione (con il decreto legge n. 70 del 13 maggio 2011) di un numero 2 bis all'articolo 2643¹⁴¹⁵, che ha reso soggetti a trascrizione a fini di opponibilità ai terzi anche "i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i

¹⁴⁰⁷ 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.

¹⁴⁰⁸ 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.

¹⁴⁰⁹ S. Scarlatelli, *La c.d. cessione di cubatura. Problemi e prospettive*, in *Giustizia civile*, 1995, II, pp. 287 ss.

¹⁴¹⁰ 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).

¹⁴¹¹ Vale la pena ricordare come un "ordinario" contratto di cessione di superficie 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 affermata 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.

¹⁴¹² 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.

¹⁴¹³ N. A. Cimmino, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Rivista del notariato*, 2003, I, pp. 1137 ss.

¹⁴¹⁴ 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.

¹⁴¹⁵ V. anche art. 2645 *quater*.

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 diritto¹⁴¹⁶. Tale scelta legislativa, volta a istituzionalizzare e a dare una certa solidità al meccanismo da tempo affermato 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)¹⁴¹⁷.

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 configurazioni¹⁴¹⁸. Lo strumento di questo coefficiente è stato però recentemente soppresso dalla legge numero 2014-366 del 24 marzo 2014, nell'ottica di un

¹⁴¹⁶ 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 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.

¹⁴¹⁷ A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 339-344.

¹⁴¹⁸ Per un'analisi comparativa, A. Candian, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, pp. 180 ss.

approccio più liberale al tema dell'edificazione dei suoli tale da consentire una maggiore densità abitativa degli spazi sovrastanti¹⁴¹⁹.

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 superficie¹⁴²⁰. 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 avveduta 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 alienazione¹⁴²¹. 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 essere in parte funta da matrice e fonte d'ispirazione per operazioni giuridiche che si sono ben presto autonomizzate concettualmente da essa, pur mantenendovi in comune

¹⁴¹⁹ 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 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...)"

¹⁴²⁰ V. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 107-108.

¹⁴²¹ Cfr. A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2017, pp. 332 ss.

la proiezione 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.

Sottosezione II: Proprietà immobiliare dematerializzata tra common law e civil law: prospettive di dialogo tra sistemi giuridici

Si è presa la proprietà volumetrica come spunto per mostrare 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'oltremontana. Questa constatazione rende opportuno allargare pure sul tema della proprietà di volumi la comparazione al 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 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 dell'immobile, su cui si regge la costruzione teorica della proprietà di volumi, presenti elementi di novità 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 proprietà¹⁴²²: una serie di servitù e obbligazioni *propter rem* 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 proiezioni moderne del diritto di superficie e dallo stesso modello della comproprietà degli edifici, di esaltare piuttosto che affievolire l'individualismo proprietario¹⁴²³, 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 comproprietà¹⁴²⁴, 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 se si vuole recuperare 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. Le similarità con quanto qui in analisi in tema di proprietà di volumi sono notevoli ed evidenziano come da questa 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 comunicabili. D'altro canto, sarebbe sbagliato trarre la

¹⁴²² 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 réapproprié 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*".

¹⁴²³ 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 découpler 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".

¹⁴²⁴ 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.

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 interessante, ma non traspone *tout court* nel continente la forma di dematerializzazione di *common law*, che, più prossima alla concezione propria del sistema medievale dei beni, non si traduce – in generale e al di fuori delle limitate esperienze di giustapposizione di spazi di cui sono titolari diversi soggetti in *freehold* o in *commonhold* – in una tendenza al 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 invece il caso della proprietà dei volumi. E' anche vero d'altronde che questa attitudine generale del sistema di *common law* alla dematerializzazione dell'oggetto della proprietà immobiliare ha fatto sì, come si è visto nell'introduzione, che nelle limitate esperienze in tal senso 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”¹⁴²⁵; a limitare la diffusione di tale configurazione in Inghilterra è pertanto essenzialmente, in particolare prima della riforma del 2002, la difficoltà di regolare in un quadro sicuro l'insieme delle relazioni tra i proprietari coinvolti. Per meglio comprendere l'approccio problematico che si è deciso di adottare 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 tesi focalizzati sul dialogo tra le due famiglie giuridiche.

B) La permanenza di una differenza strutturale tra modelli dominicali di civil law e di common law

E' giunto il momento di trarre qualche considerazione più generale dalle osservazioni che si sono fatte in tema di modelli dominicali nel mondo di *civil law* e nel mondo di *common law*. Prima di tutto: può dirsi superata, o in via di superamento, la distinzione tra questi sistemi giuridici, nel nome della comunanza delle istanze che la

¹⁴²⁵ K. Gray, S. F. Gray, *Elements of Land Law*, V ed., Oxford, 2009, p. 14.

società globalizzata pone a società altamente sviluppate, sia pure con storie giuridiche diverse alle spalle? Com'è evidente, in termini generalissimi la questione si pone come una parte della più ampia 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. Anche 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 dei diritti nazionali, limitandosi a correggerne gli effetti indesiderabili immediatamente a ridosso dell'interesse sociale che si è voluto tutelare¹⁴²⁶. Anche l'opera della dottrina – pur consistente e autorevole – volta all'individuazione di principi giuridici europei comuni di diritto civile¹⁴²⁷, si è sempre scontrata con una decisa opposizione a una traduzione in atti, malgrado il sostegno

¹⁴²⁶ S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, pp. 14-17, pp. 33-37.

¹⁴²⁷ 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 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*.

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*¹⁴²⁸.

In definitiva, e malgrado autorevoli orientamenti favorevoli a una relativizzazione anche molto spinta della bipartizione¹⁴²⁹, non sembra potersi mettersi in discussione il permanere nella tradizione giuridica occidentale di due distinte famiglie giuridiche, caratterizzate da elementi anche di profonda differenza delle rispettive concezioni del diritto, influenzate 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 dell'Occidente capitalistico 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 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*, come in generale tra i due sistemi, non può essere impostato in termini di negazione o di stemperamento delle differenze profonde, che esistono e permangono,

¹⁴²⁸ V. G. Alpa *et alii* (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009.

¹⁴²⁹ 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.

bensì in termini di dialogo¹⁴³⁰, 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 giuridiche 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.

C) Alcuni elementi di convergenza in materia di proprietà con il mondo di common law

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 rimasta eccessivamente di nicchia negli studi comparativi – ben si presta a un'analisi giuscomparatistica, in quanto manifesta una specifica posizione di effettivo punto di contatto, nonché di 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 nel titolo 2 di questa parte della tesi l'esempio del *community land trust*, la cui importazione in Francia proprio sotto la veste delle locazioni superficiali non va interpretata come un evento stocastico, bensì come una scelta quasi obbligata del legislatore francese, che nella radicata tradizione delle locazioni superficiali ritrovava già 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 già 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

¹⁴³⁰ 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.

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 popolare 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 costitutivo 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 quei 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. Dietro tutto ciò s'intravede un riaffiorare dello *status/estate*, che, rimasto un pilastro del sistema d'oltremontana della *property*, sul continente era apparso la grande vittima della Rivoluzione del 1789 e del Codice Napoleonico¹⁴³¹; *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

¹⁴³¹ 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".

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 precipitosa 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 dei rapporti 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 vita nei grandi agglomerati urbani ampiamente sviluppati nella terza dimensione. A tutto ciò si aggiunge lo sfaldamento da lungo tempo in atto dell'altro bastione nella 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 semplicemente 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 ritrovandosi 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 a ispirare le soluzioni di nuovi problemi via via emergenti, che in un sistema concepito come chiuso trovavano arduamente soddisfazione. Questa vicinanza che ancora oggi ritroviamo tra l'evolvere di alcune strutture continentali in tema di proprietà e le corrispondenti strutture d'oltremarica 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, malgrado, per le ragioni più volte osservate, il diritto di superficie non vi abbia (ancora) conosciuto la più vivace espansione nota ai giuristi d'oltralpe; ma le stesse situazioni di confine poco sopra evocate – 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.

D) Modelli di proprietà e modelli di società

Parlare di proprietà significa approcciarsi a un concetto dalla profonda valenza politica¹⁴³²: 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: egualitaria ovvero libertaria, solidale ovvero competitiva, individualistica ovvero comunitaria, ecc., con tutte le possibili sfumature intermedie, naturalmente¹⁴³³. Col mutare dei rapporti sociali di produzione, anche gli

¹⁴³² Sulla mutevole, e persino evanescente, nozione di proprietà in diversi contesti 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.

¹⁴³³ 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

assetti proprietari variano radicalmente e variano le relative concezioni, in cui le società si rispecchiano¹⁴³⁴. La scelta di un modello giuridico delle situazioni di appartenenza piuttosto che di un altro è allora ben lungi dal potersi caratterizzare come una scelta neutra: frutto delle peculiarità storiche e culturali 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 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 del nostro tempo 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 in uno scaglionamento programmato nel tempo, quanto nell'attribuzione

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".

¹⁴³⁴ 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".

differenziata a titolo di proprietà delle sue utilità economiche, specialmente edificatorie. E' vero che i beni immobili hanno complessivamente perso il 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 perso importanza, ma anzi ne hanno guadagnata. Banalmente, finché conserveranno 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 volumi spaziali sono allora assai importanti nell'economia di oggi; anzi, essi stessi fungono da base pure a molte 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'insopprimibile permanenza d'istanze sociali di carattere comunitario e di solidarietà, latamente intesa, nella società o anche semplicemente tra le parti che hanno concluso un 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 a simili strutture giuridiche un ruolo più deciso, finanche predominante¹⁴³⁵. La società occidentale di oggi appare in una fase di transizione ed è

¹⁴³⁵ 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.

arduo prevedere verso quali sponde. Intanto, l'individualismo proprietario permane, persino rafforzato 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 a questa dimensione solidaristica del diritto di superficie, al suo stretto legame con una funzione sociale, sarà dedicato in particolare l'ultimo capitolo della tesi, 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.

TITOLO 2: IL DIRITTO DI SUPERFICIE E L'INTERESSE

GENERALE

Capitolo 1) Diritto di superficie e demanio pubblico

Sezione 1: Locazioni, autorizzazioni e concessioni amministrative che attribuiscono un diritto reale sul suolo pubblico

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 verso 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

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. 311-332; 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.

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 generale¹⁴³⁶. Il legislatore, 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 demaniali¹⁴³⁷. 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, sicché a una fase di loro diffusione sembra esserne succeduta una di contrazione.

Le figure in discorso sono in molti casi costitutive di diritti di superficie¹⁴³⁸, 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

¹⁴³⁶ 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.

¹⁴³⁷ 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.

¹⁴³⁸ 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".

demanio pubblico attribuiti in occupazione precaria a privati 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 costruzioni¹⁴³⁹. 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 cosa¹⁴⁴⁰.

A) Bail emphytéotique administratif

¹⁴³⁹ 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. invece 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, I, 28.

¹⁴⁴⁰ 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 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 concessionnaire, et qui peuvent dès lors être qualifiés de «droits réels administratifs»".

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 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 beni¹⁴⁴¹ – fra cui il particolare regime d’inalienabilità¹⁴⁴², 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 reale¹⁴⁴³. 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 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, offrendo loro i vantaggi connessi a un più elevato livello di stabilità della propria posizione contrattuale.

Attualmente, nella permanenza di una certa frammentazione normativa, la disciplina della locazione enfiteutica amministrativa si rinviene per le collettività locali e per 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

¹⁴⁴¹ CE, 6 mai 1985, nn. 41589, 41699.

¹⁴⁴² 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”.

¹⁴⁴³ 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.

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 pubblica¹⁴⁴⁴.

La legge autorizza, con riferimento a beni immobili appartenenti a una collettività territoriale (ente locale)¹⁴⁴⁵, a un raggruppamento di collettività territoriali¹⁴⁴⁶ o a un ente pubblico non territoriale riconducibile a una collettività¹⁴⁴⁷, la conclusione di una locazione enfiteutica quale prevista all'articolo L451-1 del Codice rurale, con un conduttore che può essere un soggetto di diritto pubblico o privato¹⁴⁴⁸. 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

¹⁴⁴⁴ V. A. Reichardt, *Rapport sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n. 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Sénat, session ordinaire de 2015-1016*, n. 477, <http://www.senat.fr/rap/115-477/115-4771.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)”.

¹⁴⁴⁵ 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.

¹⁴⁴⁶ 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. [...]”.

¹⁴⁴⁷ Ovvero, persone giuridiche di diritto pubblico, distinte dalle collettività 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.

¹⁴⁴⁸ Fino alla legge 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.

della realizzazione di alloggi sociali¹⁴⁴⁹; 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 valorizzazione¹⁴⁵⁰. In virtù dei preminenti interessi pubblici coinvolti, gli elementi di eccezionalità rispetto alla disciplina dell'istituto civilistico già preso in esame sono significative, 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 amministrativa¹⁴⁵¹, 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 pubblici¹⁴⁵² 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'esclusione 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.¹⁴⁵³), 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.

¹⁴⁴⁹ Le locazioni superficiali sono in generale utilizzate per realizzare i propri obiettivi di servizio sociale dagli svariati soggetti, sia pubblici, sia privati, sia misti, attivi nel campo della costruzione e gestione di alloggi sociali in Francia.

¹⁴⁵⁰ E. Fatôme, M. Raunet, *Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif: le BEA de valorisation*, in *AJDA*, 2010, pp. 2475 ss.

¹⁴⁵¹ *Trib. confl.*, 13 oct. 2014, n. 14-03963.

¹⁴⁵² M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, Parigi, 2015, p. 193.

¹⁴⁵³ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, Parigi, 2014, pp. 217 ss.; cfr. *CE*, 18 oct. 1995, n. 116316.

Conformemente all'articolo L1311-4-1 del Codice 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 variegata 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'occupante¹⁴⁵⁴, anche 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 culto¹⁴⁵⁵. Deve essere segnalata la tendenza altalenante nel corso del tempo – disorientante tanto per l'interprete quanto per l'operatore del diritto – prima

¹⁴⁵⁴ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, Parigi, 2015, pp. 193-194.

¹⁴⁵⁵ 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.

a consentire finalità sempre più ampie e poi a restringere le stesse¹⁴⁵⁶, con una serie d'interventi legislativi 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'istituto¹⁴⁵⁷. 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

¹⁴⁵⁶ 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 (inserendosi più tardi anche il loro rinnovamento). 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 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.

¹⁴⁵⁷ 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".

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 contratto¹⁴⁵⁸; 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 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 ritenuto¹⁴⁵⁹ 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 generale¹⁴⁶⁰.

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, 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

¹⁴⁵⁸ *CE*, 19 nov. 2013, n. 352488; *CAA Marseille*, 7^e 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.

¹⁴⁵⁹ *CE*, 25 févr. 1994, *AJDA*, 1994, 550.

¹⁴⁶⁰ 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 bailleeresse 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”.

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, 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 rado¹⁴⁶¹. Basta qui osservare che gli obiettivi di porre dei limiti più chiari e di evitare aggiramenti hanno stimolato il legislatore francese¹⁴⁶², 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 attribuiti 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 pubblici¹⁴⁶³ e

¹⁴⁶¹ 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.

¹⁴⁶² 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".

¹⁴⁶³ *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 l'affectation du domaine public.

dell'aggiudicazione dei contratti di concessione¹⁴⁶⁴. 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 delle locazioni enfiteutiche di diritto civile, manifestando le peculiarità del suo equivalente di diritto amministrativo e caratterizzando questa figura composita di contratto¹⁴⁶⁵. Si specifica infatti, prima di tutto, che i diritti risultanti da tale particolare locazione di diritto amministrativo non possono essere ceduti se non

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”.

¹⁴⁶⁴ 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”.

¹⁴⁶⁵ 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.

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 superficie¹⁴⁶⁶, 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 privata¹⁴⁶⁷. 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 pubblici¹⁴⁶⁸. In ogni caso, come nella locazione 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 committente¹⁴⁶⁹. 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.

¹⁴⁶⁶ E. Fatôme, M. Raunet, *Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif: le BEA de valorisation*, in *AJDA*, 2010, pp. 2475 ss.

¹⁴⁶⁷ V. art. L2252-1 del Codice delle collettività territoriali.

¹⁴⁶⁸ *CE*, 25 févr. 1994, *AJDA*, 1994, 550. In generale, sulla risoluzione dei contratti amministrativi francesi, per ragioni conformi al diritto comune (forza 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.

¹⁴⁶⁹ *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.

Qualora pattuito che il concedente versi una remunerazione 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'enfiteuta¹⁴⁷⁰.

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.)¹⁴⁷¹. 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 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

¹⁴⁷⁰ 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*.

¹⁴⁷¹ C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, III ed., Parigi, 2011, p. 282.

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 occupazione¹⁴⁷².

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 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 pubblico¹⁴⁷³. 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,

¹⁴⁷² 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.

¹⁴⁷³ 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.

di natura reale amministrativa, limitato tanto nel tempo quanto negli effetti¹⁴⁷⁴, ma in qualche misura assimilabile all'operare del meccanismo giuridico del *bail à construction*¹⁴⁷⁵, tale da derogare temporaneamente all'operare dell'accessione, dunque un diritto di superficie; 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 amministrativo¹⁴⁷⁶.

Il titolare di autorizzazione di occupazione temporanea del demanio pubblico dello Stato e degli enti pubblici statali¹⁴⁷⁷ ottiene, salvo diversa prescrizione del titolo di occupazione¹⁴⁷⁸, un diritto reale sulle opere, costruzioni e installazioni di carattere

¹⁴⁷⁴ 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.

¹⁴⁷⁵ 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.

¹⁴⁷⁶ 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.

¹⁴⁷⁷ 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 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".

¹⁴⁷⁸ 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 attribuito, 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

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 rinnovabili¹⁴⁷⁹ – 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, per esempio di concessione di un servizio pubblico¹⁴⁸⁰. 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 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 6 mesi dal decesso della persona fisica titolare

de permettre à l'administration, eu égard aux caractères de la dépendance domaniale en cause, de mettre fin aisément à l'occupation”.

¹⁴⁷⁹ Cfr. *Cons. const.*, 21 juillet 1994, n. 94-346 DC.

¹⁴⁸⁰ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, IX ed., Parigi, 2014, p. 550.

dell'autorizzazione per ottenere il gradimento dell'autorità competente. Si manifesta così un principio di personalità dell'autorizzazione¹⁴⁸¹.

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 rinunci 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 dall'inadempimento delle obbligazioni da parte del soggetto titolare dell'autorizzazione, questi è indennizzato del pregiudizio diretto, materiale e certo dovuto alla revoca¹⁴⁸², 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

¹⁴⁸¹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, IX ed., Parigi, 2014, p. 552; CE, 31 juill. 2009, n. 316534.

¹⁴⁸² CE, 31 juill. 2009, n. 316534.

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 a tutti gli 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 competente¹⁴⁸³.

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 demaniali¹⁴⁸⁴, regolato dalle norme di diritto comune e sottoposto alla giurisdizione ordinaria in caso di controversie¹⁴⁸⁵. 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 committente¹⁴⁸⁶. 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 urbani¹⁴⁸⁷. 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

¹⁴⁸³ 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*.

¹⁴⁸⁴ *CE*, 23 juin 2004, n. 259474.

¹⁴⁸⁵ *Cass. 1^{re} civ.*, 19 déc. 1995, n. 94-11783; *CAA Bordeaux*, 10 juin 1996, n. 95BX00685; *Trib. confl.*, 7 juill. 2014, n. C3958.

¹⁴⁸⁶ *CAA Bordeaux*, 10 juin 1996, n. 95BX00685; *CAA Marseille*, 24 juin 2004, n. 98MA00426.

¹⁴⁸⁷ 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.

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'impongono sugli accordi di qualsivoglia natura aventi come effetto l'autorizzazione dell'occupazione del demanio pubblico¹⁴⁸⁸.

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 si possa riscontrare nell'ordinamento italiano contemporaneo, simili esigenze di valorizzazione economica del demanio pubblico 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 alla figura della superficie, quando la concessione contempra 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

¹⁴⁸⁸ CE, 11 mai 2016, n. 390118.

strettamente nel formare una fattispecie complessa¹⁴⁸⁹, il cui aspetto pubblicistico si manifesta nella revocabilità per ragioni d'interesse generale e nella necessaria temporaneità del godimento attribuito¹⁴⁹⁰.

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 giurisprudenza¹⁴⁹¹ e in dottrina: così per esempio in tema di demanio marittimo¹⁴⁹², d'impianti ferroviari e tranviari¹⁴⁹³ e di demanio stradale in favore della società concessionaria dell'autostrada¹⁴⁹⁴. Ai parcheggi pertinenziali realizzati su aree comunali attraverso la creazione di un diritto di superficie,

¹⁴⁸⁹ A. Barca, C. Marvasi, *La superficie*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2004, p. 394.

¹⁴⁹⁰ *Cass. civ., ss.uu., 16 marzo 1960, n. 539, MFI, 1960, 122; Cass. civ., ss.uu., 13 febbraio 1997, n. 1324.*

¹⁴⁹¹ *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.*

¹⁴⁹² *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 superficaria, 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".

¹⁴⁹³ 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".

¹⁴⁹⁴ 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.*

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 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 edilizio¹⁴⁹⁵, affermando o negando secondo il caso di specie la qualifica superficaria del diritto¹⁴⁹⁶. 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 atteggiavano, nei confronti dei terzi, come diritti reali civilistici pieni e incondizionati, suscettibili di autonoma circolazione nella misura in cui ciò è consentito dal titolo concessorio, mentre, nei confronti della Pubblica Amministrazione, in presenza di un superiore interesse pubblico, come diritti affievoliti o interessi legittimi che traggono origine dall'atto amministrativo e sono disciplinati dallo stesso in conformità alla normativa speciale di riferimento¹⁴⁹⁷. Il contratto che regola i rapporti resta condizionato

¹⁴⁹⁵ 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*.

¹⁴⁹⁶ *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.

¹⁴⁹⁷ 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 superficaria degli stabilimenti balneari*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, II, pp. 349-351, affermando la proprietà superficaria del concessionario sulla costruzione ma una natura meramente personale del suo diritto sul suolo; G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1474-1476, sostenendo anche la natura superficaria 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

all'efficacia del provvedimento amministrativo cui è connesso, il cui venir meno comporta l'inoperatività giuridica 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 bene¹⁴⁹⁸. 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 successo¹⁴⁹⁹, di contro altri 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 privato¹⁵⁰⁰. Osserva il Pugliese, dopo aver vagliato le varie posizioni, che "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"¹⁵⁰¹. Con riferimento ai beni non demaniali, ma patrimoniali indisponibili, tanto più semplice può risultare la qualificazione di

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*.

¹⁴⁹⁸ *Cons. St., sez. IV, 19 gennaio 1988, n. 11, Il foro amministrativo, 1988, 35*.

¹⁴⁹⁹ 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*.

¹⁵⁰⁰ L. Salis, *La superficie*, Torino, 1949, p. 36; G. Pescatore, R. Albano, *Della proprietà*, t. I, in AA.VV., *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. Ingresso, *Demanio*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, Torino, 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.

¹⁵⁰¹ G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956*, IV ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 1976, pp. 584-585.

superficie del diritto conferito¹⁵⁰²: 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 produttivi¹⁵⁰³, rispetto a cui più recentemente si è consentita la trasformazione in piena proprietà del diritto del superficiario¹⁵⁰⁴.

Sezione 2: 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, 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 tempo¹⁵⁰⁵, i moderni interventi immobiliari richiedono un regime organizzativo sofisticato e ben definito. Già alcune tra le prime

¹⁵⁰² G. Pasetti Bombardella, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1476.

¹⁵⁰³ 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.

¹⁵⁰⁴ V. legge n. 662 del 23 dicembre 1996, art. 3, c. 64 e legge n. 273 del 12 dicembre 2002, art. 11.

¹⁵⁰⁵ *CE*, 27 mai 1964, *JCP*, 1964, II, 13936.

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 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 private, oltre naturalmente che su quelle comuni¹⁵⁰⁶. 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 pubbliche¹⁵⁰⁷. Tuttavia, in caso di acquisizione di lotti di comproprietà da parte di un soggetto

¹⁵⁰⁶ 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, 1^{re} Ch., 8 juill. 2003, n. 00DA00376. Tale prevalenza delle regole della comproprietà non si verifica in Cass. 1^{re} 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.

¹⁵⁰⁷ 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. 1^{re} civ., 25 févr. 2009, in *RDI*, 2009, p. 360.

pubblico per via di espropriazione, la giurisprudenza ha ammesso che esso acquisti la qualità di condomino ai sensi della legge del 1965¹⁵⁰⁸.

B) La soluzione della divisione in volumi in proprietà esclusiva

In ragione di tali incompatibilità, tenute ferme dai giudici amministrativi e ordinari, la tecnica della divisione in volumi è apparsa sin dal suo sorgere¹⁵⁰⁹ la forma giuridica più adeguata¹⁵¹⁰ per rispondere alle necessità di coesistenza ravvicinata di proprietà pubbliche 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 attività. In tali contesti di confine, l'ibridazione operativa di tecniche proprie del diritto pubblico e del diritto privato è una conseguenza tutt'altro che sorprendente¹⁵¹¹. Gli istituti analizzati nelle pagine subito precedenti presentano una

¹⁵⁰⁸ Cass. 3^e civ., 11 juin 1975, n. 74-12904; Cass. 3^e civ., 11 mai 1994, n. 92-11578; Cass. 3^e civ., 31 janv. 2007, n. 0612404.

¹⁵⁰⁹ 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.

¹⁵¹⁰ 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 fincolo 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.

¹⁵¹¹ 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.

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, adeguato a una diversa gamma di situazioni, che non prevede un insieme di spazi privati 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 espropriazione¹⁵¹², 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 legge¹⁵¹³ – di alcuni volumi 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 1965¹⁵¹⁴. Nel caso di alienazione di volumi alla persona giuridica di diritto pubblico

¹⁵¹² Cass. 3^e 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”.

¹⁵¹³ Cfr. J.-C. Chaput, S. Rochegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103^e 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 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”.

¹⁵¹⁴ Cfr. Cass. 3^e civ., 20 nov. 1996, n. 95-70092.

sotto forma di cessione d'immobili da costruire, l'operazione non deve svolgersi in aggiramento delle disposizioni in tema di appalti pubblici¹⁵¹⁵.

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 controversa¹⁵¹⁶, 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 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 trasporto¹⁵¹⁷, nonché per il sorvolo, passaggio e impianto di dispositivi di sicurezza di sistemi urbani di trasporto via cavo¹⁵¹⁸: la sostanza di tali servitù si avvicina infatti alla piena espropriazione di tutte le utilità dominicali, limitatamente agli spazi tridimensionali utili all'opera pubblica¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁵ J.-C. Chaput, S. Rochegude, M. H. Louvel, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, in AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti*, 103^e congrès des notaires de France, Malesherbes, 2007, pp. 507-509.

¹⁵¹⁶ *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 proscriit 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.

¹⁵¹⁷ *Code des transports*, art. L2113-1.

¹⁵¹⁸ *Code des transports*, art. L1251-3.

¹⁵¹⁹ 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

Capitolo 2) Una funzione sociale per il diritto di superficie

Sezione 1: 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 consolidate 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, affermatasi nel quadro delle locazioni reali precedentemente analizzate e rappresentanti uno degli utilizzi o il solo utilizzo legislativamente consentito delle stesse. Impieghi in chiave sociale degli schemi delle locazioni superficiali, già sperimentati e discussi dagli esperti con riferimento a modelli di lungo corso¹⁵²⁰ come locazione enfiteutica e *bail à construction*, si sono infatti man mano evoluti e condensati in alcune figure specifiche.

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”.

¹⁵²⁰ 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/Etudes/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*

a) Pass foncier (*cenni*)

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 superficiali. 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 Interprofessionnels 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*¹⁵²¹. 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 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 fiscali¹⁵²² 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,

pratique étrangère et bilan des dispositifs existants, in *Actes pratiques et ingénierie immobilière*, 2017, n. 3, pp. 7 ss.

¹⁵²¹ 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.

¹⁵²² 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.

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 coppia¹⁵²³.

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 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 coppia¹⁵²⁴. Secondo una disposizione legislativa introdotta tra le regole del *bail à construction* per facilitare questo e simili progetti¹⁵²⁵, 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.

¹⁵²³ C. Saint-Alary-Houin, *Les « maisons Boutin » comme « les maisons Borloo » peuvent reposer sur un bail à construction !*, in *RDI*, 2008, pp. 217-218.

¹⁵²⁴ 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.

¹⁵²⁵ Codice della costruzione, art. L251-6, c. 2.

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 *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 emphytéotique* 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 territoriali¹⁵²⁶ e, infine, altri soggetti autorizzati,

¹⁵²⁶ 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

destinatari di finanziamenti pubblici, abilitati, tra l'altro, a dare in appalto lavori di ristrutturazione nel quadro di un *bail à réhabilitation*, in quanto esercitano istituzionalmente attività di servizio sociale nel settore degli alloggi¹⁵²⁷. 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 lavori¹⁵²⁸.

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 convenzionato¹⁵²⁹, nel rispetto delle specifiche norme predisposte¹⁵³⁰, 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 principale¹⁵³¹. La circolare del 28

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”.

¹⁵²⁷ Anche se persone giuridiche di diritto privato, tali soggetti esercitano un'attribuzione di servizio pubblico, anche ai fini del regime di accessibilità degli atti relativi alle attività di servizio pubblico svolte: *CAA Nantes, 3^e Ch., 26 avr. 2001, n. JurisData 2001-156535*.

¹⁵²⁸ Cfr. circolare n. 91-23 del 28 gennaio 1991 del *Ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer*, par. 2.6: “L'octroi de la subvention au preneur étant subordonné à un engagement de sa part de réaliser certains travaux qui peuvent être différents selon la nature de la subvention, le contrat de bail à réhabilitation comporte éventuellement une clause suspensive subordonnant l'engagement du preneur sur les travaux à réaliser à l'obtention de la subvention sollicitée”.

¹⁵²⁹ 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*.

¹⁵³⁰ 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*: tale interpretazione sembra non tenere in adeguata considerazione la natura reale – riconducibile specificamente a un diritto di proprietà superficaria – della situazione giuridica del conduttore di un tale particolare contratto di locazione.

¹⁵³¹ Cfr. C. Mahy, *Le bail à réhabilitation*, Parigi, 2000, p. 103; circolare n. 91-23 del 28 gennaio 1991 del *Ministre de l'Équipement, 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

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 intervallo concesso al conduttore per addivenire a questa ulteriore locazione¹⁵³². 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 contratto¹⁵³³. 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*¹⁵³⁴. Il conduttore dispone di sei mesi per

du nouveau locataire en cours de période triennale à l'ancien, en cas de vacance du logement, s'applique".

¹⁵³² Par. 2.2.; Tale intervallo può essere eventualmente remunerato con un'indennità d'immobilizzazione: C. Mahy, *Le bail à réhabilitation*, Parigi, 2000, p. 33.

¹⁵³³ Cass. 3^e civ., 8 mars 2006, n. 05-11662.

¹⁵³⁴ 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.

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 al conduttore di prorogare la locazione superficaria, oppure può proporre direttamente al sub-conduttore un nuovo contratto di locazione, con effetto a partire dal termine del *bail à réhabilitation*¹⁵³⁵. 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*.

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 convention, sans pouvoir excéder une somme correspondant à un mois de loyer en principal, révisable en fonction de l'évolution du loyer”.

¹⁵³⁵ 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 superficaria 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 locazione¹⁵³⁶ – 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, le indicazioni di vincoli alla 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

¹⁵³⁶ M. Poumarède, *Le bail réel immobilier logement*, in *RDI*, 2014, p. 275.

conduttore in applicazione della legge n. 89-462 del 6 luglio 1989¹⁵³⁷ (nonché per quelle in applicazione dei capitoli II¹⁵³⁸ e III¹⁵³⁹ 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 reali¹⁵⁴⁰.

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 superficaria 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

¹⁵³⁷ Per il cui campo di applicazione, v. in part. artt. 2 e 25-3 della legge stessa.

¹⁵³⁸ V. art. L632-1 e ss. del Codice della costruzione, concernente alloggi già ammobiliati.

¹⁵³⁹ V. art. L633-1 e ss. del Codice della costruzione, concernente alloggi in residenze collettive.

¹⁵⁴⁰ 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 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".

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 contratto¹⁵⁴¹ 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 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. 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

¹⁵⁴¹ 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 à construction*, 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.

s'impose 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 calmierato¹⁵⁴²: su queste basi, l'articolo R254-5, c. 1 del Codice della costruzione enuncia la formula di calcolo del massimale di valore¹⁵⁴³; 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 al trasferimento dell'alloggio in ragione delle risorse del cessionario non sono in ogni caso applicabili nei confronti del coniuge (o partner in un patto civile di solidarietà) superstite contitolare del contratto di locazione¹⁵⁴⁴ o successore *mortis causa* nella proprietà temporanea degli alloggi, 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

¹⁵⁴² 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 1^{er} 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.

¹⁵⁴³ 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".

¹⁵⁴⁴ 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".

successo¹⁵⁴⁵ – 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 superficiaria 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 definiti all’articolo L329-1 del Codice dell’urbanistica¹⁵⁴⁶ 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, nel quadro di politiche abitative¹⁵⁴⁷ 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 economiche¹⁵⁴⁸. 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 realizzazione di programmi nel campo degli alloggi sociali,

¹⁵⁴⁵ C. Sardot, A. Teitgen, *Le bail réel solidaire, un outil de mixité sociale*, in *JCP N*, 2018, *Immobilier*, n. 1141.

¹⁵⁴⁶ 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.

¹⁵⁴⁷ Il rappresentante dello Stato nella regione può in ogni caso autorizzare anche un organismo già esistente che esercita compiti diversi da quelli indicati.

¹⁵⁴⁸ 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 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”.

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 fiscale¹⁵⁴⁹: se da un lato nella locazione reale solidale (come anche nella locazione reale immobiliare¹⁵⁵⁰) 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*¹⁵⁵¹; 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 propria¹⁵⁵²; e ancora, al pari di altre operazioni relative agli alloggi sociali, le vendite di terreni da 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%¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁹ Peralto, 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..

¹⁵⁵⁰ 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.

¹⁵⁵¹ V. *Code général des impôts*, artt. 1378 ter e 743, 5°; *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”.

¹⁵⁵² 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.

¹⁵⁵³ 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*

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*¹⁵⁵⁴; 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. 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, le modalità di calcolo del prezzo di vendita o del valore del bene donato, quali previsti dal contratto. 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 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

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.

¹⁵⁵⁴ 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.

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, esso stesso dovrà farsi acquirente del diritto reale¹⁵⁵⁵. Invece, nel caso di rifiuto del consenso 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. L'*organisme de foncier solidaire* beneficia 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

¹⁵⁵⁵ V. M. Poumarède, *Le bail réel solidaire*, in *RDI*, 2016, p. 545: “Ainsi, le preneur est protégé, soit qu'il lui soit proposé un acquéreur, soit que ses droits soient, *in fine*, rachetés par l'organisme de foncier solidaire”; 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 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”.

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 possono anche monetizzare alienandolo, pur nel rispetto dei massimali di prezzo imposti nell'interesse del nucleo familiare sub-acquirente, anch'esso appartenente a fasce sociali svantaggiate¹⁵⁵⁶.

Infine, nel caso di ulteriore locazione dell'alloggio, l'originario conduttore della locazione reale solidale deve specificare nel contratto di sub-locazione, bene in evidenza, la data di estinzione del *bail réel solidaire* e l'effetto di tale estinzione sul contratto che a sua volta ha concesso. 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) Community land trust e nuove locazioni reali francesi

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

¹⁵⁵⁶ M. Poumarède, *Le bail réel solidaire*, in *RDI*, 2016, pp. 545-546.

Francia lo schema del *community land trust*¹⁵⁵⁷. Come accennato, in termini generali, in Inghilterra il meccanismo del *trust* immobiliare ha assunto un ruolo ulteriormente essenziale in seguito alla legislazione del 1925, in virtù della quale situazioni, simultaneamente esistenti e incardinate sulla successione consecutiva nel tempo della realizzazione d'interessi di natura proprietaria (diritti al 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*¹⁵⁵⁸. L'importanza del *trust*¹⁵⁵⁹ 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 1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento¹⁵⁶⁰, oppure hanno adottato altri strumenti di diritto interno volti ad adattare il proprio ordinamento alla recezione quantomeno parziale di tale figura di *common law*¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁷ 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.

¹⁵⁵⁸ 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".

¹⁵⁵⁹ Nell'amplessima 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 European Private Law)*, Cambridge, 2005.

¹⁵⁶⁰ 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".

¹⁵⁶¹ 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,

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, 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 si sono poi 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 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 immobiliare¹⁵⁶². La recezione del *community land trust* nel Regno Unito ha costituito un successo e anche lì si è costituita una rete significativa¹⁵⁶³, imponendo una certa regolamentazione da parte del legislatore¹⁵⁶⁴.

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.

¹⁵⁶² 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".

¹⁵⁶³ V. C. Harrington, R. Seagrif (a cura di), *The Community Land Trust Handbook*, Londra, 2012.

¹⁵⁶⁴ 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.

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 la classe 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 mercato¹⁵⁶⁵. Per scardinare l'assetto vigente, criticato da molte dottrine sociali, quello del *community 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 quello della costruzione realizzatavi sopra¹⁵⁶⁶. Proprio tale dissociazione, che scorpora la circolazione economica e giuridica della costruzione da quella del suolo, a beneficio degli acquirenti, permette a questi ultimi

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".

¹⁵⁶⁵ 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.

¹⁵⁶⁶ 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".

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 amministrazione¹⁵⁶⁷. 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 persone¹⁵⁶⁸. In effetti, l'organo di gestione del *community land trust* non gode "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*"¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁷ 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.

¹⁵⁶⁸ 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 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".

¹⁵⁶⁹ 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.

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*"¹⁵⁷⁰. 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 privato¹⁵⁷¹, e quella delle sovrastanti costruzioni, 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 immobiliare¹⁵⁷²; 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 sono adibiti gli

¹⁵⁷⁰ 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.

¹⁵⁷¹ 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. 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, par. 4.2, 4.3.

¹⁵⁷² 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.

spazi che insistono sul suolo comunitario¹⁵⁷³. Il *ground lease* si palesa come uno strumento versatile per realizzare tale separazione della titolarità del suolo da quella delle costruzioni¹⁵⁷⁴: 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.¹⁵⁷⁵). Trattenendo il titolo di appartenenza sul suolo, il soggetto che gestisce il *community land trust* 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 sociali¹⁵⁷⁶, a cui conferisce anche un diritto di locazione 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 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

¹⁵⁷³ 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.

¹⁵⁷⁴ 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; sul *ground lease*, v. diffusamente J. D. Whalen, *Commercial Ground Leases*, III ed., New York, 2013; A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, pp. 922 ss.

¹⁵⁷⁵ 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.

¹⁵⁷⁶ 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 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".

proprio patrimonio¹⁵⁷⁷. 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 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"¹⁵⁷⁸. 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 locali¹⁵⁷⁹.

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*

¹⁵⁷⁷ 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; 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".

¹⁵⁷⁸ 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.

¹⁵⁷⁹ 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.

foncier solidaire, 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 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 francesi¹⁵⁸⁰ – 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 superficiali per realizzare l'ibridazione giuridica desiderata. E' 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 sul suolo e sul soprassuolo realizzato negli schemi osservati di *community land trusts* di *common law*, servendosi della struttura flessibile della *property* per attribuire a titolari diversi suolo e abitazioni, e ai titolari di queste ultime anche un *lease* sul suolo. L'equilibrio delicato tra sfera della personalità e sfera della realtà 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

¹⁵⁸⁰ 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.

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 superficiali 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 elemento di apertura di un sistema dominicale altrimenti chiuso, una valvola di sfogo necessaria per garantirne la tenuta; e, al tempo stesso, elemento 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 di tali utilità a interessi di ordine generale¹⁵⁸¹. 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.

¹⁵⁸¹ 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".

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*¹⁵⁸², 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 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 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

¹⁵⁸² 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: contro-egemonia 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 AA.VV., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, pp. 903 ss.

conferma l'ampia utilizzabilità dello schema della superficie in funzione sociale e di governo del territorio, che si ripropone con caratteri vari in diversi ordinamenti giuridici¹⁵⁸³, testimoniando un legame indissolubile tra superficie e interesse generale.

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, in particolare edilizia sovvenzionata (realizzata da strutture pubbliche a spese dello Stato), agevolata (realizzata con contributi e agevolazioni statali), convenzionata (inserita nel quadro di una programmazione pubblica, ma su iniziativa privata, pur con una funzione sociale che si manifesta nella stipula di una convenzione)¹⁵⁸⁴. I primi sono di proprietà pubblica e le modalità di loro smobilizzo sono di minore interesse per la presente trattazione, laddove il diritto di superficie può avere un ruolo importante per la seconda e per la terza categoria di alloggi, di proprietà privata. 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 1971¹⁵⁸⁵. 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 concede¹⁵⁸⁶ il diritto

¹⁵⁸³ 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.

¹⁵⁸⁴ M. Magri, E. Schilhanick, *Diritto di superficie*, in P. Cendon (diretto da), *Diritto italiano*, Padova, 2006, pp. 395-398.

¹⁵⁸⁵ Sull'impianto generale di tale legge, v., recentemente, A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, in AA.VV., *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."

¹⁵⁸⁶ 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 [...]"

di superficie per la costruzione di case di tipo economico e popolare e dei relativi servizi 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 concessione¹⁵⁸⁷ 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

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 Notariato: Studio n. 2666 del 9 febbraio 2000, <http://elibrary.fondazionenotariato.it/approfondimento.asp?app=19/studicnn/2666gc&mn=3&tipo=3&qn=8>.

¹⁵⁸⁷ Su cui v., recentemente, *Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2017, n. 12545*.

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 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 superficiana¹⁵⁸⁸ dapprima del costruttore e poi del soggetto beneficiario

¹⁵⁸⁸ Si trattava di una proprietà di natura superficiana, 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.

dell'operazione: la superficie, istituito dalla sperimentazione plurisecolare, serve così da elemento di sintesi fra tutte queste diverse istanze¹⁵⁸⁹.

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 fortemente¹⁵⁹⁰. In parallelo a tale ultima scelta, si è manifestata nel corso del tempo, con 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, era consentita ai comuni dall'articolo 3 della legge numero 549 del 28 dicembre 1995, poi l'articolo 3 della legge numero 662 del 23 dicembre del 1996, nell'integrare la disciplina, prevedeva, tra l'altro, che tutte le aree fossero alienabili 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 trasformazione del diritto di superficie in piena proprietà possa avvenire a seguito di

¹⁵⁸⁹ Cfr. M. Pallottino, P. Bonaccorsi, *Soggetti e strumenti per la realizzazione degli interventi di edilizia residenziale pubblica*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, vol. I, *Aspetti costituzionali e amministrativi*, Milano, 1986, p. 454.

¹⁵⁹⁰ V. art. 20 della legge n. 179 del 17 febbraio 1992, come modificato dall'art. 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 D.L. 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"; cfr., da ultimo, *Cass. civ., sez. II, 28 maggio 2018, n. 13345*.

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 corrispettivo¹⁵⁹¹. 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 singoli¹⁵⁹². Più rispettosa delle scelte dei singoli, tale impostazione può portare ad assetti di coesistenza di condomini meri superficiari a tempo senza diritto 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

¹⁵⁹¹ 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".

¹⁵⁹² 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.fondazione-notariato.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 rinuncia traslativa oppure in un negozio traslativo oneroso della nuda proprietà, entrambi devono trascriversi *ex art. 2643 c.c.* (trasferimento di un diritto reale)".

d'invasione di campo della speculazione edilizia¹⁵⁹³. 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 gli alloggi costruiti in chiave sociale dall'espansione delle logiche di mercato. 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 della tesi proprio ad approfondire il rapporto tra disposizioni costituzionali in materia di proprietà e diritto di superficie, evidenziando l'adeguatezza di tale istituto di diritto privato dalla storia tormentata a realizzare in molte situazioni il bilanciamento d'istanze che ispira proprio il testo costituzionale.

b) I cosiddetti parcheggi pertinenziali su aree pubbliche

Oltre alla realizzazione di abitazioni in senso stretto, di cui si è appena discusso, 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 civile¹⁵⁹⁴, 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 un congruo spazio adibito allo stazionamento degli autoveicoli¹⁵⁹⁵: con tali normative, si è via via

¹⁵⁹³ 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 AA.VV., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, pp. 917 ss.

¹⁵⁹⁴ Salvo l'articolo 1117, n. 1, che fa dei cortili degli edifici oggetto di proprietà comune condominiale, se il contrario non risulta dal titolo.

¹⁵⁹⁵ 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

rinsaldato e, più recentemente, con orientamento più permissivo, nuovamente affievolito un legame giuridico di pertinenza tra appartamenti e parcheggi¹⁵⁹⁶. Per le nuove costruzioni riservare spazi 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

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.

¹⁵⁹⁶ 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, *ndr*], 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 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. 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".

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 costruzioni che si desidera realizzare e quelli di diritto dei titoli di appartenenza sulle aree coinvolte, 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 pertinenziali¹⁵⁹⁷ 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

¹⁵⁹⁷ Si tratta dei parcheggi "facoltativi" di cui all'art. 9 (citato alla nota precedente) della legge n. 122 del 24 marzo 1989.

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 pianificazione di competenza dell'autorità comunale¹⁵⁹⁸. 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, di un allargamento del ruolo del diritto di superficie.

Sezione 2: Un'attualizzazione del principio del lavoro in un sistema di produzione complesso alla luce delle istanze costituzionali italiane

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 del diritto di proprietà ha

¹⁵⁹⁸ 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 superficaria 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 superficaria e si determina il regime pertinenziale. Restano in proprietà collettiva e saranno gestite secondo le norme del condominio le parti comuni del parcheggio".

trovato – a differenza che nella Costituzione francese¹⁵⁹⁹, anche se in tale Paese si era sviluppata sul tema un'amplissima elaborazione teorica nel corso del Novecento¹⁶⁰⁰ – 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 tesi, 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 italiana

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 privatistica, ponendosi come uno dei più delicati e affascinanti terreni d'incontro tra le due materie. E' 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

¹⁵⁹⁹ Cfr. A. De Vita, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea: analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969, pp. 125 ss.

¹⁶⁰⁰ 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 AA.VV., *Mélanges juridiques dédiés à M. Sugiyama*, Tokyo, 1940, pp. 95 ss.; M. Laborde-Lacoste, *La propriété immobilière est-elle une « fonction sociale » ?*, in AA.VV., *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967, pp. 373 ss.

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'impresе e i trasferimenti di proprietà d'impresa dal settore pubblico al settore privato, nonché, in generale, il regime 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, oltre che ai diritti e doveri definiti nella Carta dell'ambiente del 2004. 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 a fianco di quella privata¹⁶⁰¹, anzi citata prima ancora di essa, 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

¹⁶⁰¹ 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. 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)".

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 costituzionale¹⁶⁰², e presenta 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 visione solidaristica dei rapporti di appartenenza¹⁶⁰³, nata in un contesto di delicata sintesi tra visioni politiche e sociali eterogenee¹⁶⁰⁴, che, dopo essere state perseguitate e avere combattuto il fascismo, diedero vita a un quadro 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

¹⁶⁰² P. Barcellona, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. disc. priv.*, XV, Torino, 1997, p. 467.

¹⁶⁰³ 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".

¹⁶⁰⁴ 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".

oscillare tra un sistema di mercato temperato 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'economia¹⁶⁰⁵. 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"¹⁶⁰⁶, 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"¹⁶⁰⁷. A complicare il quadro già composito e stratificato si aggiungono poi – in Italia come in Francia – con diverse (e non incontroverse) posizioni nella gerarchia delle fonti del diritto, in senso parzialmente "restauratore" di una visione più liberale,

¹⁶⁰⁵ 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.

¹⁶⁰⁶ C. Salvi, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1994, pp. 27-28.

¹⁶⁰⁷ S. Rodotà, *Art. 42*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione: rapporti economici*, t. II, Bologna, Roma, 1982, p. 191.

le influenze del diritto dell'Unione Europea¹⁶⁰⁸ (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 giurisdizionale¹⁶⁰⁹.

B) Diritto di superficie e istanze costituzionali in tema di proprietà: osservazioni conclusive

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, addirittura come elemento fondante dell'intera costruzione¹⁶¹⁰, 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

¹⁶⁰⁸ A dispetto della teorica indifferenza dei trattati europei per il regime di proprietà esistente negli Stati membri di cui all'articolo 345 TFUE.

¹⁶⁰⁹ V. A. Iannarelli, *Proprietà e beni: saggi di diritto privato*, Torino, 2018, p. 90.

¹⁶¹⁰ 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.

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. Poiché il diritto di superficie dà luogo a un assetto delle situazioni di appartenenza improntato a una primazia del lavoro, esso appare, nella sfera del diritto privato, come uno strumento particolarmente idoneo alla realizzazione di quel progetto costituzionale ibrido in tema di proprietà, che, senza negare un ruolo alla proprietà individuale, ne consacra la funzione sociale e l'intento di renderla accessibile a tutti. La Costituzione 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 consolidate 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 civile¹⁶¹¹ può rinvenire nel diritto di superficie un candidato ideale a fungere da tassello importante della costruzione giuridica e difficilmente può prescindere.

¹⁶¹¹ 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 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*

Vi è ora da chiedersi come, in concreto, possa attuarsi questa valorizzazione costituzionalmente orientata del diritto di superficie, istituito in riferimento a cui in Francia la dottrina sta prendendo coscienza delle ampie potenzialità proprio a ridosso del crinale tra diritto privato e pubblico¹⁶¹². 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 tesi 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 formati, 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 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 variegati 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-

sociale della proprietà. Il ruolo del comune, in L. Sacconi, S. Ottone, *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.

¹⁶¹² 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.

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 delle locazioni, 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 fondiaria. Infine, anche all'inizio della disciplina del condominio negli edifici, si potrebbe specificare che le regole della superficie sono applicabili in quanto non derogate dalle regole specificamente dettate; e potrebbe valutarsi l'opportunità di mantenere la regola dell'articolo 1127, piuttosto che fare semplicemente, come potrebbe sembrare più equo, del diritto di soprizzo una delle parti comuni tra i condomini, quando essi risultino anche i titolari del suolo.

Se da 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, 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 statale 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'abitazione¹⁶¹³ e, in qualche misura, il governo del territorio. Si è osservato come, in 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*

¹⁶¹³ 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 AA.VV., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milano, 2017, pp. 903 ss.

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 situazione 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 comunque 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 demaniali. 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 demaniali e del patrimonio indisponibile. 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 mantenere 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 superficiali *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 superficiali *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'immobilità 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

- AA.VV., *Codice civile: testo e relazione ministeriale*, Roma, 1943.
- AA.VV., *Dizionario Garzanti della lingua italiana*, ed. minore, Milano, 1966.
- AA.VV., *Enciclopedia universale Rizzoli Larousse*, v. XIV, Milano, 1971.
- AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103^e congrès des notaires de France*, Malesherbes, 2007.
- AA.VV., *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.
- AA.VV., *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.
- AA.VV., *Régime des baux réels solidaires au regard des droits d'enregistrement*, in *JCP N*, 2017, *Dossier fiscal*, n. 1056.
- AA.VV., *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.
- 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*, ne *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.

- C. Atias, *Droit civil : les biens*, XI ed., Parigi, 2011.
- C. Atias, *Copropriété et division en volumes, note sous Cass. 3^e 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 AA.VV., *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.
- D. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, nuova ed. a cura di A. Liserre e G. Florida, Torino, 1988.
- 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.*, XV, Torino, 1997, pp. 456-468.
- C. Bargeton, S. Dyens, *Du neuf avec du vieux ? Pour un renouveau du bail à réhabilitation*, in *RLCT*, n. 80, 2012, 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, *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*, 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, *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. 3^e civ., 9 févr. 1982*, in *RDI*, 1983, p. 201.
- J.-L. Bergel, *L'accession différée en matière immobilière*, in AA.VV., *Etudes 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 AA.VV., *Droit civil, civilité des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Mouralis*, Aix-en-Provence, 2011, pp. 19-27.
- 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.
- C. Beroujon, *Entre droits réels et personnels: la concurrence des prérogatives sur l'immeuble urbain au XIX^e siècle*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e 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.
- 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/etude%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, *Etude 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.
- G. Branca, *Acquisto "pro quota" dell'area con diritto parziale di sopraelevazione (nota a Cass. civ., sez. I, 5 giugno 1971, n. 1674)*, ne *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.
- 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.
- E. H. Burn, *Modern Law of Real Property*, XV ed., Londra, 1994.
- A. Butera, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo*, in AA.VV., *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 *Rivista di diritto civile*, 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.
- 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.fondazione-notariato.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.
- 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 AA.VV., *Division de l'immeuble: le sol, l'espace, le bâti, 103^e 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.
- 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. Chiffolleau, *Conclusion*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e 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, *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*, ne *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 *Deffrénois*, 2012, n. 21, pp. 1067-1073.
- G. Daublon, *Droit de superficie et état descriptif de division*, in *Rép. Deffrénois*, 2000, I, pp. 21-24.
- 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.
- L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, *La liberté de création des droits réels aujourd'hui*, in *D.*, 2013, *Etudes*, pp. 53-61.
- P. de Besombes-Singla, *Droit de superficie et construction en volumes*, in AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, 1976, pp. 539-668.
- A. de Cupis, *Brevi osservazioni sul diritto di edificare e sulla proprietà superficaria*, in *Giustizia civile*, 1986, II, pp. 23-24
- A. de Cupis, *La proprietà superficaria degli stabilimenti balneari*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, II, pp. 349-351.

- A. de Cupis, *Usufrutto (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 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 AA.VV., *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, *Introduzione alle scienze giuridiche e istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1911.
- 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 (2^{ème} 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, *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. Dogliotti, A. Figone, *La locazione: disciplina generale - Le locazioni abitative*, Milano, 1993.
- 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. 3^e 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., 1985, Torino.
- 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.
- Y. Emerich, *La propriété des créances: approche comparative*, Parigi, 2007.
- 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. 1^{re} civ., 1 déc. 1964*, in *JCP*, 1965, *Jurisprudence*, n. 14213.
- R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in AA.VV., *Coutume, usages et pratiques: disputatio magistrorum et scholarium argendorati*, Parigi, 2015, pp. 27-46.
- O. Faron, *A propos de la modernité de l'emphytéose*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e siècle)*, Roma, 1995, pp. 9-14.
- O. Faron, *Sur les formes de propriété dissociée à l'époque contemporaine (Milan, XIX^e siècle)*, in O. Faron, E. Hubert, *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII^e-XIX^e 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/Le proprietà: 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)*, ne *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.
- 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. 1^{re} 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*, ne *Il foro it.*, 1942, I, cc. 597-601.

- C. A. Funaioli, *Intorno al concetto di realtà e ai diritti di godimento su cosa altrui*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, pp. 253-267.
- 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*, ne *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, *Il supercondominio*, in A. Gambaro, U. Morello, *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, *Droit administratif des biens*, Parigi, 2014.
- F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015.

- A. Germanò, *Affrancazione di canoni enfiteutici e di altre prestazioni perpetue*, in *Novissimo digesto italiano, Appendice, I*, Torino, 1980, pp. 128-137.
- G. Giacobbe, M. Nardoza, *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.
- Ch. Gijbers, *La distinction de la propriété publique et de la domanialité publique*, in *Revue de droit d'Assas*, 2013, n. 8, pp. 44-54.
- Ch. Gijbers, *L'évolution contemporaine du droit de propriété en France*, in *Les piliers du droit civil: famille, propriété, contrat*, Parigi, 2014, pp. 139-159.
- Ch. Gijbers, *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 AA.VV., *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.
- 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 (2^{ème} 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 AA.VV., *Etudes 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.
- M. Graziadei et alii, *Commercial Trusts in European Private Law (The Common Core of European 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.
- K. Gray, *Elements of Land Law*, Londra, 1987.
- K. Gray, S. F. Gray, *Elements of Land Law*, V ed., Oxford, 2009.
- B. Grimonprex, *Note sous Cass. 3^e 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, *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, *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, n. 4, 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. Seagrif (a cura di), *The Community Land Trust Handbook*, Londra, 2012.
- 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 nuova enfiteusi*, Napoli, 1975.
- 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
- 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 AA.VV., *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.
- H. Kötz, A. Flessner, *European Contract Law*, vol. I: *Formation, Validity, Agency, Third Parties and Assignment*, Oxford, 1998.
- 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 AA.VV., *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. 3^e 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*, n. 101, 1992, pp. 7-10.
- J.-M. Le Masson, *Redécouvrir le bail emphytéotique (II partie)*, in *Petites affiches*, n. 103, 1992, 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.
- 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*, Paris, 2017, pp. 77-83.
- B. Leclercq, *Les ensembles immobiliers*, in AA.VV., *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e 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.
- H. Lepage, *L'analyse économique et la théorie du droit de propriété*, in *Droits, revue française de théorie juridique*, n. 1, 1985, 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., Paris, 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 AA.VV., *Le Code civil 1804-2004: le livre du bicentenaire*, 2004, Paris, 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. 1^{re} civ., 11 déc. 1962*, in *D.*, 1963, *Jurisprudence*, pp. 131-132.
- 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, *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, pp. 111-123.
- A. Lucci, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, in P. Fiore, B. Brugi (directo 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 *Rivista di diritto civile*, 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 (directo 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, *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 (directo 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, *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 AA.VV., *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, *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.
- M. Nardoza, v. G. Giacobbe, M. Nardoza.
- 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 AA.VV., *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. 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 XIX^e 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.
- A. C. Pelosi, *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975.
- E. Pepin Le Haleur, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi, 1843.
- R. Peratoner, *Della superficie*, in AA.VV., *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 ! A 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. 3^e civ., 20 nov. 1996*, in *JCP*, 1997, *Doctrine*, n. 4010, p. 141.
- H. Périnet-Marquet, *Copropriété et ensemble immobilier, note sous Cass. 3^e 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. 3^e 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. 3^e 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*, n. 1, 2009, 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. 3^e 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. 3^e 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 AA.VV., *Commentario del Codice civile*, Torino, 1968.
- P. Pétel, *Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne*, in AA.VV., *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 AA.VV., *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. Piédelièvre, *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, partie I, Parigi, 1932.

- A. Pône, *Volumes immobiliers et droit de propriété (Libres et périlleuses réflexions)*, in AA.VV., *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'agrément stipulée dans un bail à construction, note sous Cass. 3^e 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 giustiniano*, Milano, 1943.
- G. Pugliese, *Della superficie*, in AA.VV., *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 AA.VV., *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.
- 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 superficaria 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, *A 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*, n. 2, 2016, pp. 43-45.
- S. Rohegude, v. J.-C. Chaput, S. Rohegude.
- 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.
- 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 AA.VV., *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. 1^{re} 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 AA.VV., *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 superficaria*, 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, *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, 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 AA.VV., *Etudes 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. 1^{re} 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 AA.VV., *Mélanges en l'honneur du doyen Gerorges Wiederkehr*, pp. 737-751.
- C. Scuto, *Natura giuridica dei diritti dell'enfiteuta e del concedente sul fondo enfiteutico, con riguardo all'attuale progetto di riforma e al Codice civile vigente*, in *Scritti di diritto e di economia in onore di Flaminio Mancaleoni*, Sassari, 1938, pp. 587-604.
- R. Seagrif, v. C. Harrington, R. Seagrif.

- 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.
- G. Segrè, *Nota a Cass. Roma, ss.uu., 25 giugno 1892*, ne *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.
- 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 *Etudes offertes à Pierre Catala: le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Parigi, 2001, pp. 679-693.
- V. Simoncelli, *Nota a Trib. civ. Lecce, 8 giugno 1899*, ne *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 giustiniana*, 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. Sizaïre, *La gestion de l'ouvrage complexe: le recours à l'association foncière urbaine*, in *RDI*, 1999, pp. 551-557.
- D. Sizaïre, *La clause contractuelle de tacite reconduction n'est pas interdite, note sous CA Limoges, 1^{re} civ., 26 juin 2003*, in *Constr.-urb.*, 2004, n. 5, p. 15.
- L. Smith, v. M. Graziadei, L. Smith.
- A. Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in *Rivista di diritto civile*, n. 4, 1915, pp. 472-503.
- E. Sommier, *La division de la propriété immobilière*, in *JCP N*, 1976, *Formules*, n. 2788.
- 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, *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*, ne *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015*, ne *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.
- 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 AA.VV., *Le notariat et la propriété immobilière moderne, 55^e 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.
- 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. 3^e civ., 5 déc 2007*, in *JCP*, 2008, *Jurisprudence*, n. 10102.
- N. Van Damme, v. Y. Delacroix, N. Van Damme.
- 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.
- S. Van Erp, *Comparative Property Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, New York, 2006, pp. 1043-1070.
- S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, Parigi, 2012.

- F. Vassalli, *Il diritto di proprietà (relazione al primo congresso giuridico italiano)*, Tivoli, 1932.
- F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici*, vol. III, t. II, Milano, 1960, pp. 605-634.
- 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 AA.VV., *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, 6^e 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 XIX^e 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.
- P. Vitucci, *Utilità e interesse nelle servitù prediali: la costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974.
- P. Vitucci, *Enfiteusi*, in *Dig. disc. priv., sezione civile*, VII, 1991, pp. 462-468.

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/Etudes/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.

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.

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.

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. 3^e 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.
- 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 difficile ascensione 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.

Résumé :

Cette thèse concerne le droit de superficie, en France, en Italie et, dans les grandes lignes, en Belgique et dans le système de common law. En accordant une attention particulière au droit vivant, on y adopte une approche comparative et fonctionnaliste. Le parcours de la thèse suit plusieurs pistes principales, étroitement entrelacées:

- *La dimension historique du droit de superficie, en tant que clé de lecture des similarités et des différences entre les ordres juridiques envisagés.*
- *La dimension comparative du droit de superficie, en soulignant que celui-ci est en Italie une institution juridique assez unitaire, tandis qu'en France il est fragmenté en plusieurs figures conçues pour répondre à des besoins spécifiques, se développant aux abords immédiats de la pratique des acteurs économique-juridiques.*
- *La dimension économique-sociale du droit de superficie, en tant qu'analyse des besoins concrets des acteurs concernés.*
- *La dimension théorique et conceptuelle du droit de superficie, en soulignant sa caractéristique d'élément dynamique et flexible, ainsi que de facteur problématique des systèmes de propriété continentaux.*
- *La dimension du droit de superficie en tant que lien possible entre civil law et common law, en raison de son aptitude à remettre en cause la conception rétrécie des systèmes de propriété continentaux, en faisant émerger leurs structures latentes, héritage du passé précédant l'âge des codifications.*
- *La dimension socio-politique du droit de superficie, en tant qu'outil juridique pouvant propager dans le domaine du droit de la propriété une approche fondée sur la solidarité sociale, telle que consacrée par la Constitution italienne.*

Descripteurs : *droit de superficie ; droit comparé de la propriété ; baux réels ; propriété de volumes; comparaison civil law-common law.*

Title and Abstract. The Right of Superficies in the Legal Systems of Ownership: a Comparative Approach.

This thesis is about the right of superficies, with regard to France, Italy and, in broad outlines, Belgium and the Common Law system. Paying special attention to the law in action, a comparative, functionalistic approach is adopted. The argumentative route of the thesis follows several main paths, closely linked:

- *The historical dimension of the right of superficies, as a key to understanding the similarities and the differences between the legal orders taken into account.*
- *The comparative dimension of the right of superficies, highlighting the fact that it is quite an unitary legal institution in Italy, while in France (in the absence of a precise legal regulation) this institution, developing directly very close to the practice of the stakeholders, is fragmented in several legal tools conceived to meet specific needs.*
- *The socio-economic dimension of the right of superficies, as an analysis of the concrete needs of the stakeholders.*
- *The theoretical and conceptual dimension of the right of superficies, highlighting its characteristic of a dynamical, flexible and problematic element of the Civil Law system of property.*
- *The dimension of the right of superficies as a possible connection between the traditions of Civil Law and Common Law, due to its capacity to call into question the closed attitude of continental property models, bringing out their latent structures coming from the past, before the age of codifications.*
- *The socio-political dimension of the right of superficies, as a tool that may propagate an approach based on social solidarity in the field of property law, as enshrined in the Italian Constitution.*

Keywords: *superficies right, compared property law, leases, ownership of volumes, comparison between civil law and common law.*