

LORENZO GAGLIARDI – MARIA MIAZZI*

*Diritto di superficie e usucapione: diritto romano e diritto italiano vigente***

SOMMARIO: 1. La *possessio dei iura in re aliena* e l'*usucapio* in diritto romano. - 2. Il problema della *possessio* e dell'*usucapio* nella *superficies*. - 3. L'usucapibilità del diritto di superficie nell'ordinamento italiano. Inquadramento dogmatico. - 4. Casi in cui può verificarsi l'usucapione del diritto di superficie. - 5. Riflessioni conclusive.

1. Riveste particolare interesse il tema della usucapibilità del diritto reale di superficie nel confronto tra diritto romano e diritto italiano vigente, che discordano¹.

In diritto romano, in relazione agli atti traslativi, l'usucapione, biennale per gli immobili e annuale per i beni mobili², era un istituto di *ius civile*, che permetteva,

* Lorenzo Gagliardi, Professore associato di "Istituzioni di diritto romano" nell'Università degli Studi di Milano; Maria Miazzi, Cultore della materia di "Istituzioni di diritto romano" nell'Università degli Studi di Milano.

** Benché concepite unitariamente, le diverse parti del contributo sono così da attribuirsi agli autori: Gagliardi §§ 1, 3, 5; Miazzi §§ 2, 4.

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Si v. quanto scrisse già Pugliese a proposito della pubblicazione, nel 1946, della sua trattazione *Della superficie*, commento agli artt. 592-596 per il *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja, G. Branca (III.4 [Bologna-Roma, 1946, I ed.; 1976, IV ed.], pp. 555-636: «pur collegandosi a una problematica antica, [gli articoli] erano sostanzialmente nuovi e non avevano dietro di sé, a differenza di quelli sulle servitù, la sedimentazione di dottrine e decisioni giurisprudenziali ultramillinarie». V. anche G. PUGLIESE, *Giuseppe Branca*, in *Foro it.*, 115, 7-8, 1990, II, c. 273 ss. [= *Scritti giuridici [1985-1995]*, cur. L. VACCA, Napoli, 2007, pp. 219 ss., 225]. Sul tema L. GAGLIARDI, *Gli anni milanesi di Giovanni Pugliese*, in I. FARGNOLI (cur.), *Un secolo di sapere storico-giuridico all'Università Statale. I Maestri del Diritto romano e della Storia del diritto*, Torino, 2024, p. 188 ss.

² XII Tab. 6.4. P. NOAILLES, *L'auctoritas dans la loi des Douze tables*, in *Fas et ius. Études de droit romain*, Paris, 1948, p. 223 ss.; Th. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der Usucapio II*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 78, 1961, p. 221 ss.; ID., *Usucapio*, in *PWRE*, XLVII,

attraverso *possessio* e *tempus*, l'acquisto della proprietà quando questa non fosse stata conseguita per carenza di legittimazione in capo al dante causa (acquisto *a non domino*)³, o per mancanza del negozio formale richiesto (*traditio* di *res Mancipi*). Nel regime classico dell'istituto occorre un *titulus* (o *iusta causa*)⁴, ma ciò non era sufficiente, in quanto

1961, p. 1094 ss.; R. YARON, *Reflections on usucapio*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 35, 1967, p. 191 ss.; A. WATSON, *Rome of the XII Tables*, New Jersey, 1975, p. 150 ss.; ID., *The Origins of usus*, in *RIDA*, 3ª S., 1976, p. 265 ss.; G. NICOSIA, *Il possesso*, I, *Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-96*, Catania, 1997, p. 47 ss. [= ID., *L'usus regolato dalle XII tavole e le sue sopravvivenze tracce*, in ID., *Silloge. Scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998, p. 717 ss.]; B. ALBANESE, *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6.3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo* 45, 1998, p. 5 ss.; M. HUMBERT, *Il valore semantico e giuridico di usus nelle Dodici Tavole*, in ID. (cur.), *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, p. 381 ss.; E. POOL, *Die Erbschaftsersitzung in Gai. 2,54 und Theo Mayer-Malys Thesen zum Ursprung der usucapio*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 129, 2012, p. 113 ss.

³ L. VACCA, *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento nella casistica della giurisprudenza romana*, in M. LUPOI (cur.), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006, p. 77 ss. [= EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova 2006, p. 601 ss.]; EAD., *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, in I. PIRO (cur.), *Scritti per Alessandro Corbino*, VIII, Tricase, 2016, p. 317 ss. [= EAD., *Possesso e acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, a cura di G. ROSSETTI, Torino, 2015, p. 33 ss.]; M. FRUNZIO, *Gli acquisti a non domino. Antiche matrici e prospettive attuali*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 7, 2020, p. 1 ss.; S. CRISTALDI, *In tema di doppia vendita a non domino: alcune considerazioni su D.19.1.31.2 e D.6.2.9.4*, *ivi*, p. 25 ss.; M. FRUNZIO, *Aequitas. Il ragionamento equitativo nell'ermeneutica di Nerazio Prisco*, Torino, 2022, 7 ss.

⁴ R. STINTZING, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre*, Heidelberg, 1852, p. 45; P. BONFANTE, *La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto con la bona fides*, in *RISG*, 15, 1892, p. 161 ss. [= ID., *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino 1918, p. 469 ss.]; ID., *Le singole iustae causae usucapionis e il titolo putativo*, in *RISG*, 17, 1894, p. 126 ss. [= ID., *Scritti*, II, cit., p. 552 e ss.]; ID., *I limiti originari dell'usucapione*, in *Studi in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917 [= ID., *Scritti*, II, cit., p. 683 ss.]; G. DONATUTI, *Iusta possessio*, in *AIV*, 80, 1920-1921, p. 1075 ss.; P. VOCI, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 15, 1949, p. 141 ss. [= ID., *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1998, p. 55 ss.]; ID., *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Milano, 1952, pp. 159 ss., 179; L. VACCA, *Derelictio e traditio in incertam personam*, in *Studi in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, p. 87 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 55 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 23 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, cit., p. 145 ss.]; EAD., *Osservazioni in tema di iusta causa e bona fides in relazione all'usucapio pro derelicto*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 775 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 55 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 23 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 165 ss.]; EAD., *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Incontro con Giovanni Pugliese. 18 aprile 1991*, Milano, 1992, p. 43 ss., nota 15 [EAD., *Appartenenza*, cit., p. 165 ss.]; M. KASER, *Altrömisches Eigentum und usucapio*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 105, 1988, p. 122 ss.; E.H. POOL, *Zur Bedeutung und Stellung der 'causa' im System klassischer Ersitzungsvoraussetzungen*, in J. SONDEL, J. RESZCZYŃSKI, P. ŚCIŚLICKI (cur.), *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems, Studies in Honour of Wiesław Litewski*, Krakow, 2003, p. 37 ss.; ID., «Die (iusta) causa, die der Besitzer nennen und dartun muss»: *Erwerbsgrund (emptio) oder Besitztitel (pro emptore)?*, in *Fundamina*, 16, 2010, p. 299 ss.; ID., *D. 41,2,3,21: Titulerte Besitzarten, Erwerbsgründe und das unum genus possidendi*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 81, 2013, p. 529 ss.; ID., *D. 41.2.3.21 (Paul. 54 ad ed.). Rapporti e differenze fra causae acquirendi (emptio ecc.) e titoli di possesso (pro emptore ecc.)*, in I. PIRO (cur.), *Scritti per Alessandro Corbino*, VI, Tricase, 2016, p. 57 ss. [i titoli del possesso qualificato (*pro emptore*, *pro donato*, *pro suo...*) non coincidono con i (f)atti giuridici sottostanti ma li presuppongono; per contro, le cause di acquisto, come l'*emptio*, costituiscono il requisito primario ai fini

altresi la *res* doveva essere *habilis* (ovvero principalmente⁵ non *furtiva*⁶). Inoltre, in relazione agli acquisti *a non domino*, non poteva mancare la *bona fides* dell'acquirente⁸. Il requisito della *possessio* comportò per tutta l'età classica che non si potessero usucapire le *res incorporales*⁹ e tra esse i *iura in re aliena*, che non erano suscettibili di possesso¹⁰. Ad

dell'acquisto di tale possesso intitolato; il loro carattere specifico è che giustificano l'acquisto del possesso *uti dominus* e così rendono possibile l'acquisto della proprietà: critiche in A.J.B. SIRKS, *Causae acquirendi eius quod nostrum non sit* (D. 41,2,3,21): 'rechtmäßiger Eigenbesitz?', in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 82, 2014, p. 209 ss.; E. POOL, *Significati diversi di causa in tema di possessio e di usucapio: interpretazioni di qualche testo chiave. Parte I*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 59, 2016, p. 61 ss.; ID., *Significati diversi di causa in tema di possessio e di usucapio: interpretazioni di qualche testo chiave. Parte II*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 60, 2017, p. 95 ss.; ID., *Causa und titulus: die Qualifikation von Besitzlagen und ein terminologischer Wandel in Ulp. D. 5, 3, 13, 1*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 138, 2021, p. 83 ss.

⁵ Per altri tipi di *res* (*sacrae, sanctae* ecc.), Gai. 7 *ad ed. prov. D. 41.1.43.1*.

⁶ XII Tab. 8.17. P. BĚLOVSKÝ, *Usucapio of stolen things and slave children*, in *RIDA*, 3^a S., 49, 2002, p. 57 ss.; A. CALZADA GONZÁLEZ, *Reversio in potestatem de las res furtivae et vi possessae*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 78, 2012, p. 167 ss.

⁷ G. D'ANGELO, *Civiliter vel naturaliter possidere*, Torino, 2022, p. 169, nota 473.

⁸ TH. MAYER-MALY, *Studien*, cit., p. 221 ss.; F. WUBBE, *Die Interessenlage bei traditio und usucapio*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 32, 1964, p. 558 ss.; L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in E. CORTESI (cur.), *La proprietà e le proprietà*. Pontignano, 30 settembre - 3 ottobre 1985, Milano 1988, p. 39 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 129 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 97 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 1 ss.]; C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *El problema de la buena fe en la usucapio pro donato*, in *Index*, 29, 2001, p. 339 ss. V. anche L. VACCA, *Osservazioni in tema di iusta causa*, cit., p. 775 ss.; EAD., *Iusta causa e bona fides nell'usucapio romana. A proposito del titolo pro suo*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984, p. 1955 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 79 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 47 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 187 ss.]; E. GÓMEZ-ROYO, *Bona fides und usucapio pro herede*, in *RIDA*, 3^a S., 39, 1992, p. 167 ss.; P. APATHY, *Vermächtnis einer fremden Sache und Ersitzung pro legato*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.P. MEINCKE (cur.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, p. 655 ss.

⁹ Gai. 7 *ad ed. prov. D. 41.1.43.1*; Gai. 4 *ad ed. prov. D. 41.3.9*; Paul. 15 *ad Sab. D. 8.1.14*. Cfr. Paul. 54 *ad ed. D. 41.2.3 pr. e 41.3.4.6*. G. PUGLIESE, *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *RISG*, 5, 1951, p. 237 ss. [= ID., *Scritti giuridici scelti*, cur. G. SACCONI, I. BUTI, Napoli, 1985, p. 225 ss.]; B. BIONDI, *Cosa corporale ed incorporale (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 1014 ss.; G. GROSSO, *La distinzione tra res corporales e res incorporales e il secondo capo della lex Aquilia*, in A. GUARINO, L. LABRUNA (cur.), *Syntelesia*. Vincenzo Arangio-Ruiz, Napoli, 1964, pp. 791 ss. [= ID., *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, p. 669 ss.]; G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*, Torino, 1974, p. 39 ss.; R. ORESTANO, *Gaio e le res incorporales*, in *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 297 ss.; P. MAROTTOLI, *Res incorporales (Premesse)*, Roma, 1989; A. BURDESE, *Considerazioni sulle res corporales e incorporales quali elementi del patrimonio (in margine al pensiero di Gaetano Scherillo)*, in Gaetano Scherillo. *Atti del Convegno (Milano, 22-23 ottobre 1992)*, Milano, 1994, p. 23 ss. [ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, p. 177 ss.]; M. BRETONE, *Res incorporalis*, in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'impero. Atti del convegno internazionale (Roma, 27-28 aprile 1995)*, Roma, 1996, p. 117 ss.; ID., *I fondamenti del diritto romano. La natura e le cose*, Bari, 1998, p. 124 ss.; A. BURDESE, *Res incorporalis quale fondamento culturale del diritto romano*, in *Labeo*, 45, 1999, p. 98 ss.; W. DAJCZAC, *Der Ursprung der Wendung res incorporalis im römischen Recht*, in *RIDA*, 3^a S., 50, 2003, p. 97 ss.; M.F. CURSI, *Res incorporales e modello proprietario nella tutela dell'informazione globale*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (cur.), *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia, filosofia*, Milano, 2004, p. 173 ss.; G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, in *Scritti in onore di*

esempio, chi esercitava un usufrutto o una servitù prediale non possedeva la *res*, perché il relativo possesso rimaneva nel primo caso al nudo proprietario e nel secondo al proprietario del fondo servente; né egli aveva un diritto, perché, appunto, si trattava di *res incorporalis*¹¹.

È vero che negli scritti dei classici si accenna talvolta a ‘*possessio usus fructus*’ e a ‘*possessio servitutis*’ (o a ‘*possessio iuris*’)¹², ma tali espressioni erano prive di valore tecnico e venivano impiegate prevalentemente per ragioni esplicative, dato che i giuristi dell’età classica furono consci dell’indefettibilità della norma che non rendeva possibile la *possessio* delle *res incorporales*¹³.

Un caso particolare, sia per la posizione di contrasto che assume all’interno dell’ordinamento giuridico romano preclassico, sia perché è l’unico di cui abbiamo informazioni più affidabili, riguarda le servitù. Queste non avrebbero potuto costituirsi né per usucapione né per *traditio*, in quanto *res incorporales*. Tuttavia abbiamo notizia da Paolo della *lex Scribonia*¹⁴, risalente alla metà del I secolo a.C. o a epoca anteriore¹⁵, che abolì l’usucapione acquisitiva delle servitù¹⁶, probabilmente con riferimento alle sole

Generoso Melillo, II, Napoli, 2009, p. 821 ss.; G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res improbables*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 55, 2012, p. 125 ss.; G. NICOSIA, *Possessio e res incorporales*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 56, 2013, p. 275 ss.

¹⁰ Gai. 2.12-14. Cfr. Gai. 2.17, 19, 28, 38; 3.83, 85; 4.3; Gai. 2. inst. D. 1.8.1.1; Ep. Gai 2.1.2; Paul. Sent. 3.6.11; Tit. Ulp. 19.11, 19.15; I. 2.2.2.

¹¹ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Palermo, 2006, p. 395.

¹² Per l’usufrutto: Iul. 7 dig. D. 7.6.3; Ulp. 70 ad ed. D. 43.17.4; per le servitù: Paul. 15 ad Sab. D. 8.1.14 pr.; Ulp. 17 ad ed. D. 8.4.2; Cels. 25 dig. D. 43.19.7.

¹³ Paul. 15 ad Sab. D. 8.1.14 pr. Cfr. Gai. 7 ad ed. prov. D. 41.1.43.1.

¹⁴ Paul. 54 ad ed. D. 41.3.4.(28)29. F. TUCCILLO, *Lex Scribonia o lex Voconia? Sulla tradizione manoscritta di D.41.3.4.28*, in A. MURILLO VILLAR, A. CALZADA GONZÁLEZ, S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (cur.), *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, 2016, p. 1219 ss.

¹⁵ C. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia de usucapione servitutum*, in *RIDA*, 3^a S., 17, 1970, p. 329 ss. (216 a.C.); L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell’età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 451 (149 a.C.); J.M. RAINER, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der Lex Scribonia*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 104, 1987, p. 631 ss. Non ci sembra decisivo Cic. Att. 15.26.4 per affermare una data successiva al 44 a.C.

¹⁶ Biennale (Paul. sent. 1.17.1; Paul. 54 ad ed. D. 41.3.4.26(27)): B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*, II ed., Milano, 1954, p. 274; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo. Derecho romano, derecho germánico, tradición romanística y furs de València*, Castelló, 2002, p. 64. Per l’annualità si sono espressi, C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. Contributo alla teoria delle servitù prediali*, Torino, 1895, p. 236; A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù nel diritto romano*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 38, 1887, p. 53 ss.; F. FABBRINI, *Usucapione (Diritto romano)*,

servitù che erano state fino ad allora usucapibili, ovvero quelle rustiche¹⁷. Esse erano considerate *res mancipi*, anche in virtù di un'empirica costruzione che ricollegava alla posizione di vantaggio del titolare del fondo dominante la proprietà sulla parte di fondo servente oggetto dell'esercizio del proprio potere¹⁸. La natura di *res mancipi* concrete e tangibili delle servitù rustiche, intese come *portiones fundi* fin dall'età arcaica, e la loro costituibilità mediante *mancipatio* avranno reso originariamente possibile, presenti gli altri requisiti, la loro usucapione mediante possesso protratto nel tempo. Partendo da questi presupposti, sembra verosimile che il divieto di usucapione delle servitù rustiche sia stato introdotto anche per non gravare eccessivamente di rischi il diritto dominicale sui fondi

in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 280 ss.; G. NICOSIA, *L'usus*, cit., p. 722 ss. Sulle fonti citate, G. D'ANGELO, *Un'ipotesi sull'origine del non usus*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 55, 2012, p. 293 ss.

¹⁷ Si cfr. Paul. sent. 1.17.1. Nel senso indicato S. PEROZZI, *Problemi di origini*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, II, Milano, 1905, pp. 167 ss., 208, 216; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, pp. 347, 412; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1966, p. 223 s.; A. WATSON, *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh, 1971, p. 63; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., p. 450 ss.; ID., *La lex Scribonia e la usucapione delle res incorporales*, in ID., *Ai margini della proprietà fondiaria*, III ed., Roma 1998, p. 17 ss. [= ID., *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, p. 91 ss.]; ID., *Alle origini di un divieto legislativo: la lex Scribonia*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I, Napoli, 1997, pp. 76 ss., 84. Altri autori ritengono invece che la legge abbia riguardato anche le servitù urbane: G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 244 ss.; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica. Lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose*, in H. TEMPORINI (cur.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung. Joseph Vogt zu seinem 75. Geburtstag gewidmet*, I, *Von den Anfängen Roms bis zum Ausgang der Republik*, 2, *Recht, Religion, Sprache und Literatur (bis zum Ende des 2. Jhs. v. Chr.)*, Berlin, 1972, pp. 134 ss., 271; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., pp. 276, 285; F. TUCCILLO, *Note minime sulla Lex Scribonia*, in M. GARRIDO-HORY, A. GONZALÈS (cur.), *Histoire, Espaces et Marges de l'Antiquité. Hommages à Monique Clavel-Lévêque*, IV, Besançon, 2005, p. 132 ss.; C. MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010, p. 242 ss.; G. D'ANGELO, *Sulla lex Scribonia de usucapione servitutum*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 56, 2013, p. 9 ss.

¹⁸ M. VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, in *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse*, 26.4, 1874, p. 159 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 20, 1949, pp. 127 ss., 371; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1971, p. 109; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., p. 453; L. VACCA, *Usucapione (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1986, p. 989 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 183 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 131 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 79 ss.]. Diverso avviso da parte di G. GROSSO, *Sulla servitù di aquae haustus*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 40, 1932, p. 401 ss. [= ID., *Scritti*, II, cit., p. 1 ss.]; ID., *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 70, 1967, p. 105 ss. [= ID., *Scritti*, II, cit., p. 683 ss.].

serventi¹⁹. Le servitù urbane, sorte tra III e II secolo a.C., quando ormai si era affinato il pensiero giuridico e si era superata l'idea della comproprietà sulla zona interessata del fondo servente, furono classificate invece dai giuristi²⁰ *ab origine* come *res nec Mancipi, iura in re aliena*²¹ e non usucapibili. Col tempo, con la *lex Scribonia*, probabilmente intorno alla metà del I secolo a.C. (ma è possibile pensare anche a una datazione anteriore), si affermò l'orientamento che contribuì al formarsi della concezione delle stesse come *iura in re aliena*. Quest'ultimo inquadramento dogmatico delle servitù rustiche fu successivo alla *lex Scribonia*, perché, se esso fosse stato precedente, avrebbe implicitamente già sancito la loro inusucapibilità²²; in alternativa, al limite, si dovrebbe ritenere che, al tempo di tale legge, esso inquadramento non si fosse ancora imposto agli occhi della giurisprudenza in tutte le sue implicazioni²³. Su queste innovazioni dovette infine imperniarsi la distinzione tra *res corporales* e *incorporales*, che è attestata nella giurisprudenza dal II secolo d.C.²⁴.

¹⁹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, p. 182 ss.; ID., *Ancora sulla lex Scribonia*, in *Index*, 22, 1994, p. 211 ss.

²⁰ Altro è il discorso per Cic. *Top.* 5.27.

²¹ Nel II secolo a.C.: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., p. 192, nota 315; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei iura in re aliena ed il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992, p. 213;

²² F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia*, Napoli, 2009, p. 93. Diverso inquadramento cronologico da parte di R. LA ROSA, *Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, 2008, p. 84.

²³ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., p. 451.

²⁴ Gai. 2.12-14 (≈ D. 1.8.1.1); 2.17. Cfr. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 41.1.43.1; Ep. Gai 2.1.2, 3. G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano, I, Le cose. Parte prima. Concetto di cosa. Cose extra patrimonium*, Milano, 1945, p. 16 ss.; K. KAGAN, *Res corporalis et res incorporalis. A comparison of Roman and English law and interests for life*, in *Tulane Law Review*, 20, 1945-1946, p. 98 ss.; M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 24-25, 1946-1947, p. 209 ss.; R. MONIER, *La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporales et incorporales*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, 1948, p. 357 ss.; ID., *Res corporales et res incorporales*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 26, 1948, p. 374 ss.; B. ALBANESE, *La successione*, cit., p. 356 ss.; G. PUGLIESE, *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *RISG*, 5, 1951, p. 237 ss. [= ID., *Scritti giuridici scelti*, cur. G. SACCONI, I. BUTI, Napoli, 1985, p. 225 ss.]; G. SCHERILLO, *Res Mancipi et nec Mancipi. Cose immobili e mobili*, in A. GUARINO, L. LABRUNA (cur.), *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, p. 83 ss. [= ID., *Scritti giuridici*, II.2, *Studi di diritto romano*, Milano, 1995, pp. 245 ss., 246, nota 4; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione tra res corporales e res incorporales*, in *Labeo*, 20, 1974, p. 362 ss.; F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni res corporales-res incorporales e res Mancipi-res nec Mancipi nella sistematica gaiana*, in *AA.VV.*, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, p. 409 ss. [= ID., *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova, 2003, p. 1091 ss.]; F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra res corporales e res incorporales nel diritto romano classico*, in *RIDA*, 3^a S., 37, 1990, p. 87 ss.; M. TALAMANCA, *Diatrabe e paralipomeni*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 96-97, 1993-1994, pp. 652 ss., 679, nota 118; J.W. TELLEGEN, *Res incorporalis et les codifications modernes du droit civil*, in *Labeo*, 40, 1994, p. 35 ss.; M.

L'usucapione delle servitù (e dell'usufrutto) ricomparve in periodo giustiniano nella forma della *longi temporis praescriptio*²⁵, che si compiva con la *possessio* di dieci anni *inter praesentes* e, altrimenti, di vent'anni²⁶. Erano inoltre richieste *bona fides* e *iusta causa*. Alle innovazioni della teoria giustiniana, è probabilmente da collegarsi la recezione nel *Digesto* del concetto di *possessio iuris* con una tendenza tecnicistica.

BRETONE, *Res incorporalis*, in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'impero* (Atti Convegno Accademia Lincei, Roma, 27-28 aprile 1995), Roma, 1996, p. 117 ss.; W. DAJCZAC, *Der Ursprung der Wendung res incorporalis im römischen Recht*, in *RIDA*, 3^a S., 50, 2003, p. 97 ss.; P. PICHONNAZ, *Res incorporales et possessio iuris. Questions choisies sur les relations entre choses et droits*, in *Orbis iuris romani* 9, 2004, p. 105 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, p. 99 ss.; G. TURELLI, *Res incorporales e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 5, 2012 [= in A. SCIUMÉ, E. FUSAR POLI (cur.), *Afferrare l'inafferrabile. I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, Milano, 2013, p. 71 ss.]; C. BALDUS, *Res incorporales im römischen Recht*, in S. LEIBLE, M. LEHMANN, H. ZECH (cur.), *Unkörperliche Sachen im Zivilrecht*, Tübingen, 2011, p. 7 ss.; ID., *I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 55, 2012, p. 41 ss.; G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, *ivi*, p. 125 ss.; G. NICOSIA, *Possessio*, *cit.*, p. 275 ss.; M. VARVARO, *La definizione della possessio nel Festo Farnesiano fra tradizione manoscritta, edizioni e interpretazione storiografica*, in I. PIRO (cur.), *Scritti per Alessandro Corbino*, VII, Tricase, 2016, p. 401 ss.; G. TURELLI, *Res incorporales, objetos corporales, objetos inmaterialiales. Nota sull'itinerario moderno di un concetto antico*, in *Roma e America*, 37, 2016, p. 171 ss.; G. NICOSIA, *La nascita postdecemvirale della mancipatio e quella ancora posteriore della distinzione tra res mancipi e res nec mancipi*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 59, 2016, p. 303 ss.; ID., *Breve nota sull'integrazione nisi in nella voce 'possessio' di Festo*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 60, 2017, p. 371 ss.; G. FALCONE, *La definizione di obligatio tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino, 2017, p. 92 ss.; P. POLITO, *Some Considerations on the Relationship between res incorporales and Immaterialgüterrechte*, in U. BABUSIAUX, M. IGINI (cur.), *Messages from Antiquity. Roman Law and Current Legal Debates*, Köln, 2019, p. 33 ss.; R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, p. 265 ss.; M. BEGHINI, I. ZAMBOTTO, *Res corporales e res incorporales: radici romane e sviluppi contemporanei di una bipartizione*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 16, 2023, [= EAED., *Res corporales and res incorporales. Roman Foundation and Current Development of a Bipartition*, in *Roma Tre Law Review*, 4, 2022, p. 7 ss.].

²⁵ CI. 7.33.12.4 (a. 531); Bas. 50.11.12. L'inquadramento dell'intera materia dell'*usucapio/longi temporis praescriptio* da parte di Giustiniano si trova in CI. 7.31.1 (a. 531). P. BONFANTE, *La longi temporis praescriptio delle servitù*, in *RISG*, 16, 1893, p. 177 ss. [= ID., *Scritti*, II, *cit.*, p. 956 ss.]; L. VACCA, *La riforma di Giustiniano in materia di usucapio e longi temporis praescriptio: fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 55, 1998, p. 147 ss. [= EAD., *Appartenenza*, *cit.*, p. 445 ss. = EAD., *Possesso*, *cit.*, p. 205 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 233 ss.]; EAD., *Dominium, in bonis, proprietà provinciale*, in F. MILAZZO (cur.), *Città, territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 5-8 giugno 2002)*, Soveria Mannelli, 2010, p. 58 ss. [= EAD., *Possesso e acquisto*, p. 284 ss.]; EAD., *La proprietà e le proprietà nell'esperienza giuridica romana*, in EAD. (cur.), *Le proprietà. Dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers. Dedicate alla memoria di Jean Beauchard*. Roma 13-14 giugno 2014, Napoli, 2015, p. 1 ss. [= EAD., *Possesso e acquisto*, p. 303 ss.].

²⁶ CI. 7.33.12.4 (a. 531).

In dottrina si è sostenuto²⁷, probabilmente a ragione, che anche l'usufrutto inizialmente fosse considerato come oggetto di dominio, concepito come una 'proprietà sui frutti'; dalla proprietà sui frutti si sarebbe poi passati, in modo analogo allo sviluppo registrato in riferimento alle *servitutes*, a un diritto vero e proprio, il *ius fruendi*.

2. Non si hanno altrettante informazioni per quanto riguarda, nell'ordinamento giuridico romano, la *superficies*. L'analisi del caso della superficie deve necessariamente iniziare con la menzione del principio *superficies solo cedit*, che implicava che ogni cosa che si trovava al di sopra di un certo terreno appartenesse al proprietario del suolo stesso, senza che fossero ammissibili patti contrari²⁸; tale dogma fa parte di quel nucleo di postulati fondamentali che fin dalle origini di Roma informavano il pensiero giuridico:

²⁷ B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938, p. 665.

²⁸ [J.] BIERMANN, *Superficies solo cedit*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 34, N.S. 22, 1895, p. 169 ss.; L. WENGER, *Superficies solo cedit*, in *Philologus*, 88, 1933, p. 254 ss.; F. MAROI, *La proprietà degli alberi separata da quella del fondo*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1, 1935, p. 349 ss.; M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Römianistische Abteilung*, 65, 1947, p. 219 ss.; C.A. MASCHI, *Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio superficies solo cedit*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, 1953, p. 135 ss.; ID., *Fonti giustinianee e fonti bizantine in tema di proprietà superficiaria*, in *Atti dell'VIII Congresso internazionale di Studi Bizantini (Palermo, aprile 1951)*, II, *Agiografia, Archeologia, Arte, Diritto, Liturgia, Musica*, Roma, 1953, p. 350 ss. [= in *Munera Friburgensia Fritz Pringsheim oblata*, Athena, 1953, p. 94 ss.]; I. PUHAN, *Superficies solo cedit*, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1, 1953, p. 332 ss.; J.P. MEINCKE, *Superficies solo cedit*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 88, 1971, p. 136 ss.; F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, Milano, 1988; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 417 ss.; T. JOSIPOVIC, *Der Grundsatz superficies solo cedit und die rechtliche Einrichtung des Grundbuchs (unter besonderer Berücksichtigung des kroatischen Grundbuchsrechts)*, in *Wiener Konferenz über Grundbuch und Kataster, II. Session 1998*, Wien, 1999, p. 109 ss.; V.M. GARRIDO DE PALMA, *¿Superficies sólo cedit?*, in ID. (cur.), *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel*, Madrid, 2007, p. 143 ss.; A.B. ZAERA GARCÍA, *Superficies solo cedit*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, p. 1007 ss.; M. KAMBIČ, *Preživetje rimskega prava v ODZ in usoda načela superficies solo cedit*, in *Podjetje in delo: revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo. A Journal for Commercial, Labour and Social Law*, 38.1, 2012, p. 58 ss.; N. ZIHA, *Croatian Property Law between Tradition and Transition: A Revival of the Roman Principle superficies solo cedit*, in Z. PRIMORAC, C. BUSSOLI, N. RECKER (cur.), *Economic and Social Development. 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development – The Legal Challenges of Modern World. Book of Proceedings*, Split 2016, p. 73 ss.; L. GRIESE, *Die Nutzung von Land ernach römischem Recht. Ordnungsmodelle für die Kolonien und für die Provinz*, Baden-Baden, 2019, p. 187; E. CALORE, *Superficies solo cedit: il legame naturale tra superficie e suolo nel diritto romano e la scelta dei codificatori latinoamericani del XIX secolo sul diritto di superficie e sulla proprietà orizzontale*, in L.M. VELÁZQUEZ ARROYO, J.A. GODDARD (cur.), *Estudios de derecho romano y derecho civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*, México, 2022, p. 113 ss.

veniva ricondotto dai Romani al *ius naturale*²⁹ o alla natura³⁰, essendo a loro parere intrinseco alla natura delle cose³¹ e perciò operante senza bisogno di giustificazioni³². La regola dell'accessione comportava che non fosse ammissibile la proprietà separata per piani orizzontali, essendo impossibile che il proprietario del terreno fosse diverso dal proprietario della superficie. Anche il termine '*superficies*' subì un'evoluzione: in senso materialistico, indicava tutto ciò che insiste o è stabilmente incorporato al suolo³³, però quando si manifestò l'esigenza di destinare le accessioni di un fondo a un soggetto diverso dal *dominus soli*, lo stesso termine iniziò ad essere utilizzato per riferirsi sia alla cosa oggetto di godimento che si trovava su suolo altrui, sia al diritto di godere della stessa³⁴, e difatti le primitive relazioni superficiali vennero inquadrare nello schema della *locatio conductio*³⁵. L'analisi della tutela interdittale pretoria concessa ai superficiali porta a sostenere che questi, in epoca classica, non erano considerati *possessores*, mentre la *possessio* della *superficies* pare pacificamente ammessa in epoca giustiniana, data l'insistenza con cui i compilatori inserirono in vari paragrafi il riferimento al possesso del superficario. Il confronto tra il testo della formula dell'interdetto *de superficiebus*, che troviamo in Ulp. 70

²⁹ Gai. 2.73; Ulp. 6 *opin.* D. 9.2.50; Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43.18.2.

³⁰ Paul. 74 *ad ed. praet.* D. 44.7.44.1.

³¹ Riporta B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 450, che esso era così saldamente ancorato alla coscienza sociale che perfino Seneca (*epist.* 88.28), volendo dimostrare la intima connessione fra la matematica e la filosofia, ricorreva a una comparazione giuridica: sosteneva infatti che tra queste intercede la stessa inseparabilità che nel campo del diritto c'è tra suolo e superficie (*Non est autem ars sui iuris, cui precarium fundamentum est. philosophia nil ab alio petit, totum opus a solo excitat. mathematice, ut ita dicam, superficialia est, in alieno aedificat*). Sul punto v. anche F. PASTORI, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano, 1988, p. 121.

³² F. SITZIA, *Superficie (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1459 ss.; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 160; C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 296 s.; ID., *Proprietà*, cit., p. 138; P. SANTINI, «*De loco publico fruendo*». *Sulle tracce di un interdetto*, Napoli, 2016, p. 84.

³³ In questo senso cfr. la definizione di *superficies* in A. PALADINI, *Superficie (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 941 ss.; F. SITZIA, *Superficie*, cit., p. 1459; H. VOGT, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg-Lahn, 1950, p. 3.

³⁴ V. S. SOLAZZI, *Recensione a H. VOGT, Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, in *Iura*, 2, 1951, p. 224 ss.

³⁵ B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 452; L. GAGLIARDI, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficiali: dalle azioni in personam alle azioni in rem*, in L. GAROFALO (cur.), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova, 2011, pp. 5 ss., 21. Testimoniano la costituzione della superficie tramite locazione: Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1 pr., 1, 3; Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43.18.2; Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.3.7; Paul. 48 *ad ed.* D. 39.2.18.4; Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.74; Ulp. 52 *ad ed.* D. 39.1.3.3.

ad ed. D. 43.18.1. pr., e il relativo commento dei giureconsulti, è proprio testimonianza di questo cambio di orientamento. Nel primo, infatti, non v'è alcun riferimento al possesso, anzi il riferimento alla *lex locationis* induce a pensare che presupposto per la concessione dell'interdetto fosse proprio la *lex contractus*, in base alla quale si doveva realizzare il *frui* oggetto di tutela; il commento, invece, contiene le parole «*quia melius est possidere*» nel paragrafo 1 e «*quam causam possidendi habeat*», «*num forte vi clam precario ab adversario possideat*» nel paragrafo 2. In particolare pare che Ulpiano ritenesse l'interdetto *de superficiebus* modellato sull'*uti possidetis*³⁶, ma la stretta connessione tra questi due interdetti è stata fortemente messa in dubbio da G. Falcone³⁷: la rilevanza del possesso *nec vi nec clam nec precario* era difatti perfettamente ammissibile in riferimento all'*uti possidetis*, non invece per il *de superficiebus*, che andava a tutelare unicamente il godimento esercitato nel rispetto di quanto appositamente stabilito in sede di conclusione del contratto di locazione. Tale considerazione para avallata non solo dal testo dell'interdetto ma anche da un altro frammento del Digesto, ossia Ulp. 69 *ad ed. D. 43.17.3.7*³⁸, che dimostra la consapevolezza di Ulpiano della centralità della *lex contractus* nel caso di tutela realizzata attraverso l'interdetto *de superficiebus*³⁹. In questo testo le parole «*tuebitur secundum legem locationis*» non devono essere interpretate come un'allusione all'esistenza di una *exceptio* a favore del superficiario - nel dettato dell'*uti possidetis* - che rende inoperante l'interdetto,

³⁶ Ulp. 70 *ad ed. D. 43.18.1.2*: «*Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis. tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi clam precario ab adversario possideat. omnia quoque, quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur*».

³⁷ G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto 'Uti possidetis'*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 44, 1996, pp. 1 ss., 147 ss.

³⁸ *Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum qui in cenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. Plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo videri non ab eo aedes possideri, qui kruptas possideret, sed ab eo, cuius aedes supra kruptas essentiarum verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a praetore utetur. Dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis: et ita Pomponius quoque probat.* A favore della sua classicità si sono espressi E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, in *Cose, diritti reali e possesso*, *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, pp. 409 ss., 427; L. LABRUNA, *'Vim fieri veto'*. *Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, p. 223; G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 149 s.

³⁹ Concordano P. SANTINI, *«De loco publico fruendo»*, cit., p. 95; A. ZAERA GARCÍA, *La superficies en derecho romano*, Madrid, 2017, p. 97 ss.

perché, se così fosse, sarebbe in palese contraddizione con quanto detto prima dal giurista, in merito al prevalere del *dominus soli* (anche) nei confronti del superficiario in sede di *uti possidetis*⁴⁰; invece devono essere lette come un riferimento al fatto che il superficiario poteva ottenere tutela grazie all'interdetto, *ad hoc, de superficiebus*, mentre il *dominus soli* era protetto con l'*uti possidetis*.

Falcone si sofferma su alcuni rilievi di carattere formale che consentono di scorgere l'origine giustiniana di Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.2: l'espressione «*petere superficiem*» sembra derivare da una concezione dominicale della superficie, propria del periodo giustiniano; «*requirit*» non è un verbo che un giurista classico avrebbe riferito al pretore; il «*vi clam precario*» è privo di particella disgiuntiva ('*vel*', '*aut*', '*nec*'); sospetti paiono altresì l'uso del tempo futuro e il ripetersi di '*quoque*'⁴¹. Anche tutte queste incongruenze concernenti l'aspetto stilistico rendono possibile affermare che il commento conservato in Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.2 sia di mano compilatoria, probabilmente scritto al fine di sottolineare la dimensione possessoria della *superficies*, consolidatasi in epoca postclassico-giustiniana⁴². La rappresentazione fornita in Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.2 è fuorviante, perché raffigura l'interdetto - trascurando il chiaro richiamo alla fonte contrattuale - come posto a tutela di un mero godimento di fatto della superficie: per questo possiamo dichiararne con ampia probabilità la natura compilatoria.

La dimensione possessoria della superficie viene rimarcata anche da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.1⁴³: Ulpiano informa che la ragione per l'introduzione dell'interdetto *de*

⁴⁰ G. FALCONE, *Ricerche*, cit., pp. 149 s., 149, nota 21. La stessa posizione assume C.A. MASCHI, *Proprietà*, cit., p. 152.

⁴¹ G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 150 s.

⁴² G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 152. *Contra* F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 283 ss.; J.M. RAINER, *Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 106, 1989, pp. 327 ss., 333 ss.

⁴³ Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.1: «*Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri*». Il paragrafo è ritenuto interamente giustiniano da H. VOGT, *Das Erbbaurecht*, cit., pp. 30 s., 91; ne difendono l'integrale genuinità B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 470 e R. SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in N. BELLOCCI (cur.), *Le teorie*

superficiebus stava nell'inadeguatezza delle sole *actiones in personam* a una efficace tutela dei superficiari qualora fosse incerto «*an locati existeret*». Albertario⁴⁴ ritiene debba considerarsi interpolato l'intero tratto «*sed longe visum est ... et quasi in rem actionem polliceri*», sostenendo che fossero i compilatori a voler affermare che il superficiario possedeva. In particolare soffermiamoci sulle parole «*quia et incertum erat an locati existeret*»; quantomeno, sembra corretto sostituire «*locati*» con «*locator*»⁴⁵: così facendo, si capisce che Ulpiano si stava riferendo alle ipotesi in cui il superficiario non riusciva a farsi cedere le azioni dal locatore e dunque l'interdetto *de superficiebus* e l'*actio in rem* avrebbero avuto la funzione di risolvere proprio questa complicazione.

L'interdetto *de superficiebus* aveva dunque struttura e funzioni simili a quelle dell'*uti possidetis* ma non necessitava del requisito del possesso per poterne usufruire: è anzi possibile che nella versione originale del commento Ulpiano avesse effettivamente collegato l'interdetto a tutela della superficie con il *de loco publico fruendo*⁴⁶, dal quale deriva⁴⁷, anche perché, oltre ad essere accomunati dal richiamo alla *lex locationis*, sono connessi da un punto di vista storico, essendo le concessioni di diritto pubblico l'antecedente della superficie intesa come istituto privatistico⁴⁸.

Vi sono dei passi dei *Digesta* che parlano di «*possidere*» a proposito della superficie, ma una analisi più approfondita potrebbe rivelarne l'intervento compilatorio che ha determinato il riferimento. Consideriamo ad esempio Marcian. *l.s. ad form. hypoth. D.*

contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano. Siena, 14-15 aprile 1989, Napoli, 1991, pp. 83 ss., 117 s.

⁴⁴ E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, cit., p. 420 s.

⁴⁵ Così O. LENEL, *Zu fr. 1 § 1 de superficiebus* (43, 18), in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1, 1880, p. 91 ss.; J.M. RAINER, *Superficies*, cit., p. 334; G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 152, nota 28; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 19.

⁴⁶ Ulp. 68 ad ed. D. 43.9.1 pr.: *Praetor ait: 'Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius ex lege locationis frui liceat, vim fieri veto'*.

⁴⁷ A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, p. 129 s.; E. ALBERTARIO, *Il possesso dell'ager vectigalis*, in *Cose, diritti reali e possesso, Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, pp. 387 ss., 400; ID. *Il possesso della superficie*, cit., p. 414; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., pp. 143 ss. spec. 162 ss., G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 148; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 3 ss.

⁴⁸ B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 451 ss.; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 162 ss.; G. FALCONE, *Ricerche*, pp. 5 ss., spec. 147; F. SITZIA, *Superficie*, cit., p. 1459 ss.; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 6 ss.; A. ZAERA GARCÍA, *La superficies*, cit., p. 17 ss.; P. SANTINI, «*De loco publico fruendo*», cit., p. 83 ss.

20.1.13.3⁴⁹: il paragrafo è da ritenere interpolato soprattutto per l'accento all'istituto dell'*hypotheca*, che certamente è giustiniano; sospetto è anche l'uso della forma «*sive...*», che compare solitamente nei testi interpolati⁵⁰. Altro frammento sospetto è Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.4, 5⁵¹: nel paragrafo 3⁵² si avverte che l'interdetto *unde vi* è concesso a coloro che sono espulsi dal fondo o dall'edificio; nei paragrafi 4 e 5, però, si afferma che è dato anche a coloro che sono espulsi da un'area e ai superficiari, così come nel paragrafo 8⁵³ lo si concede anche a chi è stato espulso da *res solo coharens*. È probabile che la ripetizione sia dovuta alla mano compilatoria, che lavorava per estendere l'*unde vi* al superficiario⁵⁴.

I testi appena considerati sembrano trattare del possesso del superficiario, ma una analisi più approfondita permette di scorgere le possibili interpolazioni; *a fortiori*, non mancano esempi nel Digesto di frammenti dai quali è desumibile l'inesistenza del possesso del superficiario in epoca classica. Come già visto sopra, Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.3.7, che concede l'*uti possidetis* al *dominus soli* tanto contro i terzi quanto contro il superficiario stesso, costituisce ulteriore dimostrazione dell'assenza del possesso in capo al superficiario. Oltre a questo è da ricordare Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.15.12⁵⁵: nel testo si legge chiaramente che la *missio in possessionem damni infecti causa* è da farsi *in totas aedes*, in

⁴⁹ *Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit.*

⁵⁰ E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, cit., p. 424 s.; G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I, Tübingen, 1910, p. 103 ritiene il testo interpolato sostenendo che Marciano in realtà trattasse dell'*ager vectigalis*.

⁵¹ 4. *Et si quis de area deiectus sit, sine dubio interdicto locus est: et generaliter ad omnes hoc pertinet interdictum, qui de re solo cohaerenti deiciuntur: qualisqualis enim fuerit locus, unde quis vi deiectus est, interdicto locus erit.* 5. *Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis deiectus est, apparet interdicto fore locum.*

⁵² *Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione deiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui de solo deiciuntur, ut puta de fundo sive aedificio: ad alium autem non pertinet.*

⁵³ *Plane si quis de ligneis aedibus deiectus fuerit, nemo ambigit interdicto locum fore, quia qualequale sit quod solo cohaereat, inde qui vi deiectus est habet interdictum.*

⁵⁴ E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, cit., p. 425 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* III, *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 173; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* I, II ed., Roma, 1928, p. 863, nota 2; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 281, nota 19. *Contra* B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 476 ss., che propende per la classicità dell'estensione utile dell'*unde vi* al superficiario.

⁵⁵ *An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus. Et extat Sabini sententia in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum, nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat: et verior est sabini sententia.*

quanto il principio *superficies solo cedit* impedisce il possesso della superficie separato da quello del suolo.

Alla luce delle precedenti considerazioni, pare ragionevole ritenere che il possesso del superficario non fosse riconosciuto in età classica, ma che sia entrato a far parte della Compilazione tramite le interpolazioni dei giuristi giustiniani.

L'interdetto *de superficiebus* non era però l'unico mezzo a tutela dei *superficiarii* esistente in epoca classica: fu introdotta dal pretore anche l'*actio de superficie*⁵⁶, concessa *causa cognita*. Effettivamente, la tutela civilistica e quella interdittale non coprivano interamente le situazioni bisognose di protezione in cui poteva trovarsi il superficario: la condizione dei *superficiarii emptores* non veniva tutelata dal meccanismo dell'interdetto, il quale era appunto basato sull'esistenza di un rapporto di locazione. Se accettassimo la tesi che dà rilevanza al possesso, per cui l'interdetto serviva a proteggere l'esercizio di fatto della superficie, la creazione dell'*actio* sarebbe spiegabile con la necessità di garantire una tutela anche contro chiunque avesse ottenuto in modo non vizioso il godimento della

⁵⁶ L'orientamento decisamente maggioritario sostiene la classicità dell'azione: G. SEGRÉ, *Sulla distinzione delle actiones in rem e in personam per rapporti estranei al ius civile nel diritto romano classico*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 41, 1933, p. 81 ss.; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, III ed., Leipzig, 1927, pp. 185, nota 3, 476 s.; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., pp. 144 ss., 216 ss.; ID. *Sulla struttura dell'“actio de superficie”*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, VI, Milano, 1897, p. 325 ss.; F. SITZIA, *Superficie*, cit., p. 1461; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, p. 352 ss.; A. ZAERA GARCÍA, *La superficies*, cit., p. 120 ss.; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 21 ss. *Contra* G. BAVIERA, *La legittimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae' in diritto romano classico. Note storiche esegetiche*, in G. BAVIERA (cur.), *Scritti giuridici I, Diritto romano*, Palermo, 1909, p. 143 ss., 177 ss.; A. SCHMIDT, *Das Recht der Superficies*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 11, 1890, pp. 121 ss., 136; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig, 1901, p. 1260; G. VON BESELER, *Beiträge*, I, cit., p. 10 ss.; ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 169 ss.; H. VOGT, *Das Erbbaurecht*, cit., p. 106. Sono passati dal sostenerne la natura compilatoria P. BONFANTE, *Teoria del possesso e degli istituti possessori*, Pavia, 1905-1906, p. 47 ss.; E. ALBERTARIO, *Actio e interdictum (Nota esegetica)*, Pavia, 1911, p. 15; ID., *Il possesso della superficie*, cit., p. 473; B. BIONDI, *Le servitù prediali*, Milano, 1933, p. 55, al difenderne la classicità P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, Roma, 1926, p. 219; ID. *Istituzioni di diritto romano*, X ed. (ristampa corretta a cura di G. BONFANTE e G. GRIFÒ, Milano 1987), Torino, 1946, p. 163; E. ALBERTARIO, *Recensione a G. VON BESELER, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, in *Studi di diritto romano*, VI, *Saggi critici e studi vari*, Milano, 1953, pp. 515 ss., 524 ss.; B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 445 ss. Viceversa, il cambio di opinione si registra in senso opposto nel caso di V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 81, p. 361 ss., e ID. *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli, 1994, p. 260.

superficie al posto del superficario⁵⁷. Invece nel nostro caso è la rilevanza della fonte contrattuale che giustifica pienamente l'introduzione della tutela reale. Perciò la ragione dell'introduzione dell'*actio in rem* si rintraccia considerando il limitato ambito di applicazione dell'interdetto: questo, abbiamo visto, tutelava solo i conduttori, fossero essi *conductores ad tempus* – come si ricava *a contrario* da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.3, che li esclude invece della tutela reale⁵⁸ - o *conductores in perpetuum*, in quanto anch'essi infatti inizialmente non potevano usufruire dell'azione reale pretoria e difatti fu la giurisprudenza, con il tempo, a estenderla anche a loro⁵⁹.

Ciò porta a ritenere⁶⁰ che l'*actio in rem* sia stata introdotta per dare protezione giudiziale a quei diritti di superficie che non erano stati costituiti con una locazione, bensì con una compravendita, e fu dunque lo strumento con cui il pretore garantì la protezione anche ai superficari *emptores*. Tra il II e il I secolo a.C., infatti, l'unico possibile negozio costitutivo del rapporto superficario era la locazione⁶¹, ma a questa si aggiunse, successivamente, la possibilità di far sorgere il diritto di superficie mediante compravendita⁶². Naturalmente, introdotta la vendita della superficie, inevitabilmente si doveva ammettere anche la *traditio*, come atto di esecuzione della

⁵⁷ Questa spiegazione viene data da M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 372; V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., pp. 178 s.

⁵⁸ (...) *si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio* (...).

⁵⁹ Ciò si desume da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.3: «*ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*».

⁶⁰ G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 157, nota 38; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 21.

⁶¹ L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 21.

⁶² Sulla compravendita della superficie cfr. B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 454 ss.; C.A. MASCHI, *Proprietà*, cit., p. 157 ss.; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 183 ss.; F. SITZIA, *Superficie*, cit., p. 1460; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 11; A. ZAERA GARCÍA, *La superficies*, cit., p. 104 ss.; L. GAGLIARDI, *Rec. a A.Z. García*, *op. cit.*, in *Interpretatio prudentium*, 5.2, 2020, p. 356 ss. Avendo l'*emptio venditio* effetti obbligatori, tra *locatio* e *venditio* non c'era quella significativa differenza di struttura ed effetti che c'è oggi, tant'è che Gaio (3.145-147) attestava che i due contratti «*familiaritatem aliquam inter se habere videntur*», al punto che a volte «*quaeri solet utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio*». F. PASTORI, *op. cit.*, pp. 188 ss., considerando i passi di Gaio, ritiene che il giurista intendesse semplicemente domandarsi se fosse possibile interpretare come locazione dei negozi anomali, studiando le caratteristiche di contratti tipici come la locazione e la vendita, senza però alcuna intenzione di avvicinarle; di conseguenza nessun argomento dovrebbe essere tratto da questi passi a sostegno della possibilità che il godimento superficario derivi anche dalla vendita oltre che dalla locazione.

vendita⁶³: anche in questo caso, come in ogni compravendita, il *dominus soli* doveva, nei confronti dell'acquirente, necessariamente *tradere ut habere liceret*. Appare problematico il fatto che la *traditio* comportava che l'accipiente diventasse *possessor* ma, di nuovo, il possesso della superficie non era configurabile in epoca classica. Al fine di dare una giustificazione giuridica alla possibilità di *traditio* di superficie sono allora da considerare due ipotesi. Secondo la prima, di B. Biondi⁶⁴, la *traditio* in questione permetteva al compratore di procurarsi il pacifico godimento della cosa, non il possesso della superficie intesa come entità indipendente dal suolo (e difatti, precisa, l'interdetto *uti possidetis*, posto a tutela del possesso, veniva accordato al *dominus soli* e non al superficiario). La *traditio*, a parere dell'Autore, serviva a far sì che il compratore prevalesse in un'eventuale lite sul possesso⁶⁵; non poteva essere messa in discussione l'ammissibilità della *traditio* anche per via del fatto che altrimenti i classici avrebbero dovuto ritenere invalida la vendita della superficie, in quanto l'impossibilità di *tradere ut habere liceat* ne avrebbe comportato la nullità per impossibilità della prestazione. L'altra teoria che consideriamo è quella di F. Pastori⁶⁶, che segue invece il percorso, per così dire, opposto: egli ammette la vendita solo nel momento in cui la superficie acquisì una autonoma configurazione giuridica; parimenti, riconosce la possibilità di *traditio* solo quando essa si affermò come rapporto indipendente. Egli spiega che il *ius civile* ammetteva unicamente la locazione della superficie, mentre escludeva la *possessio* e la *traditio*; tuttavia, la prassi giurisprudenziale permise, con il tempo, il riconoscimento di queste figure, con una serie di limitazioni e precisazioni, anche con riferimento al diritto di superficie, in modo da consentire altre modalità di costituzione della stessa. Nello specifico, secondo l'Autore⁶⁷, prima venne ammessa la *traditio* e solo in conseguenza della fattibilità della stessa fu possibile dar luogo ai negozi che la presuppongono, come appunto la vendita, ma anche il

⁶³ L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 11.

⁶⁴ B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 496 ss.

⁶⁵ Ulp 32 *ad ed.* D. 19.1.11.13: «*Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit (...)*»

⁶⁶ F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 193 ss.

⁶⁷ F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 320 ss.

pegno⁶⁸, il legato *per damnationem*⁶⁹ e la donazione⁷⁰. Tali negozi sarebbero ricollegabili alla superficie solo quando divenne possibile configurare una forma, pur se anomala, di possesso superficario, diverso dal possesso del suolo, e ciò avvenne, nell'opinione di Pastori, a seguito di uno sviluppo storico, che rese la superficie un rapporto suscettibile di una tipologia peculiare di possesso, grazie al quale si poté concepire l'atto traslativo. La natura anomala del possesso del superficario è da ricondurre, a parere dell'Autore⁷¹, a una *quasi corporis possessio*, che non è un possesso vero e proprio perché il superficario, così come l'usufruttuario, possedeva la cosa *alieno nomine*, eppure la figura della *quasi corporis possessio* è sufficiente per delinearne la situazione di fatto rispetto all'esercizio del diritto.

Non v'è dubbio, ad ogni modo, che il possesso in senso tecnico della superficie non fosse ammesso in età classica. Ciò comporta che fosse inconcepibile l'usucapione della

⁶⁸ V. Paul. 68 *ad ed.* D. 20.4.15, Marcian. *l.s. ad form. hypoth.* D. 20.1.13.3, Paul. 52 *ad ed.* D. 13.7.16.2. Ammettono il pegno nell'età classica F. PASTORI, *Prospettiva*, p. 295 ss., B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 506 ss.: lo nega invece E. ALBERTARIO, *Il pegno della superficie*, in *Cose, diritti reali e possesso*, *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, p. 457 ss.

⁶⁹ V. Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.7, Iul. 34 *dig.* D. 30.86.4, Iul. 32 *dig.* D. 30.81.3, B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 459 ritiene del tutto ammissibili per costituire il diritto di superficie, nell'ordinamento di *ius civile*, i legati *per damnationem* e *sinendi modo*. Naturalmente, afferma, non consistevano di certo nell'obbligo di trasferimento del *dominium* della *superficies*, dal momento che il legato si sarebbe dovuto ritenere nullo per impossibilità della prestazione. L'effetto, a suo parere, consisteva nel mero obbligo posto in capo all'erede di procurare il godimento della superficie al legatario, in maniera conforme alla disposizione testamentaria: tutto ciò, per l'Autore, era perfettamente in linea con il sistema civilistico. Allo stesso modo la pensa anche C.A. MASCHI, *Proprietà*, cit., p. 159, che sottolinea che la costituzione mediante legato *per damnationem* di un rapporto superficario obbligatorio era «cosa ovvia e ammessa in conformità al *ius civile*», giacché la facoltà attribuita dal *dominus* non andava a violare il principio *superficies solo cedit*. *Contra* F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 200 s., che nel sistema di *ius civile* esclude l'ammissibilità del legato *per damnationem*, poiché esso generava un rapporto obbligatorio che si estrinsecava nell'obbligo dell'erede di *dare superficiem*, inconcepibile sia dal punto di vista materiale, perché suolo e superficie sono inseparabili, sia dal punto di vista del diritto, perché in questo sistema la superficie non era un rapporto autonomo.

⁷⁰ V. Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.7. B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 496 ritiene che il generico «donari» presente nel commento ulpiano sia incompatibile con i principi classici, poiché anche in questo caso sarebbe stato necessario «distinguere tra effetti reali ed effetti obbligatori dell'atto, ammettendo la nullità dell'atto nel primo caso e l'efficacia dello stesso nel secondo»; N. COVIELLO, *Della superficie*, in *Arch. giur.* F. Serafini, 49, 1892, pp. 3 ss., 56 sostiene che non può sorgere alcun problema nell'ammettere la donazione nell'ambito di *ius civile*, in quanto la donazione doveva essere considerata solo come un rapporto di carattere obbligatorio. F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 204 riconosce alla donazione la qualifica di negozio costitutivo solo quando il regime pratico della superficie si avvicinò a quello dei diritti reali, ossia quando la giurisprudenza permise l'estensione analogica alla superficie di alcuni istituti come il possesso e la *traditio*.

⁷¹ F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 300 ss.

superficie indipendentemente dal suolo, dato che uno dei requisiti per l'operare di questo istituto era proprio la *possessio*, come testimonia Paul. 19 *ad ed.* D. 6.2.12.2, 3⁷²: Lenel⁷³ ha ritenuto che il paragrafo 2 sia stato modificato dai compilatori, i quali avrebbero capovolto l'orientamento classico; anche a parere di Biondi la decisione in relazione ai fondi provinciali era indubbiamente negativa e l'«*idem*» iniziale del paragrafo 3, relativo alla superficie, si ricollegava proprio alla negazione della *Publiciana* effettuata nel paragrafo precedente⁷⁴. I classici infatti non avrebbero potuto concedere l'*actio Publiciana* per il caso degli *agri vectigales* e dei *praedia stipendiaria* e *tributaria* (gli *alia praedia*), in quanto non era possibile che l'acquirente di cose non usucapibili potesse essere tutelato dalla *Publiciana*⁷⁵; di conseguenza, perciò, l'azione non si applicava alla superficie in quanto non usucapibile⁷⁶.

L'usucapibilità della superficie era dunque negata in età classica e anche il diritto giustiniano non attesta che il godimento di fatto della superficie da parte di chi non ne era titolare comportasse l'acquisto del relativo diritto per usucapione.

3. È solo con il codice civile del 1942 che il legislatore italiano prende una posizione precisa sulla configurazione giuridica dell'istituto della superficie. Difatti, una volta ammessa la derogabilità al principio dell'accessione – come accade negli

⁷² 2. *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.* 3. *Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.*

⁷³ O. LENEL, *Palingenia iuris civilis* I, Leipzig, 1889, p. 999, nota 2; ID., *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., p. 173. Sulla stessa scia si pongono S. PEROZZI, *L'editto publiciano*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 7, 1894, pp. 45 ss., 82; B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 497 ss.

⁷⁴ B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 498. Dello stesso parere è E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, cit., p. 436 s.; ID., *Il pegno della superficie*, p. 468 s.

⁷⁵ Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.9.5.

⁷⁶ È tuttavia probabile che fosse ammessa una applicazione utile dell'*actio Publiciana*. Cfr., sul tema, B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 498; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 315 s.; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 37 s., il quale, sulla base delle considerazioni di V. MANNINO, *La tolleranza dell'usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 1996, p. 33 ss., e ID., *La tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana. Forme di tutela e sviluppi teorici*, Torino, 2001, p. 30 ss., riflette sull'analogia tra superficie e usufrutto (in particolare soffermandosi sulla *traditio usufructus* richiamata in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.11.1) e propende per un'applicazione utile dell'*actio Publiciana* plasmata sulla principale azione in materia di superficie, quella petitoria - e certamente non sulla *Publiciana* intesa come azione utile modellata sulla *rei vindicatio* - che poteva essere accordata qualora taluno avesse acquistato con *emptio venditio* un'*aedes superficiaria* da un *non dominus*, naturalmente in buona fede, come viene palesato in Paul. 19 *ad ed.* D. 6.2.12.3.

ordinamenti moderni, i quali, pur non riuscendosi a svincolare dal postulato di tradizione romanistica '*superficies solo cedit*', non attribuiscono più allo stesso il carattere che aveva nell'antica Roma – si introduce anche la possibilità di configurare la proprietà per piani orizzontali, con conseguente assottigliamento della differenza tra superficiario e proprietario, in quanto questi si comportano allo stesso modo e godono, con riguardo alla costruzione, delle stesse facoltà. La difficoltà avutasi da sempre nel riconoscere e incasellare la superficie deriva proprio dalla regola romanistica di *ius civile* della accessione necessaria: se già durante la vigenza del diritto romano questo dogma non è stato formalmente mai rinnegato – né dal pretore né tantomeno da Giustiniano, che anzi l'ha ribadito con forza nella compilazione giustiniana – gli ordinamenti di tradizione romanistica hanno successivamente sperimentato lo stesso problema e la stessa riluttanza.

A tal proposito, è da ricordare che il codice civile italiano del 1865 – tanti erano i dubbi a proposito dell'istituto – neppure contemplava il diritto di superficie con una normativa specifica, tant'è che a livello formale esso, pur se in concreto esistente da circa duemila anni, era estraneo al sistema giuridico delineato dal codice, che invece trattava già di tutti gli altri diritti reali. Difatti nel nostro precedente codice civile continuava a essere ribadito il principio *superficies solo cedit*, il quale ben si rapportava con l'ideologia illuministica-liberale che, essendo stata la fonte d'ispirazione delle codificazioni dell'Ottocento, bramava una proprietà fondiaria libera da pesi⁷⁷ che però mal si conciliava con un istituto come la superficie, il quale per definizione va a limitare le attribuzioni del *dominus soli*. Pur mancando una menzione espressa dell'istituto e quindi anche un qualsiasi tipo di definizione o di regolamentazione, l'istituto superficiario nel 1865 poteva ritenersi ancora vigente sulla base dell'articolo 448 del codice civile: «qualsiasi costruzione, piantagione od opera sopra o disotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese e appartenergli, finché non costi del contrario»⁷⁸. Ecco che in realtà la regola dell'accessione necessaria era sì in vigore, ma con possibilità di deroga. Un

⁷⁷ F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 101.

⁷⁸ V. sul punto Cass., sez. II, 16 settembre 1981, n. 5130. A. BARCA, in A. BARCA, C. MARVASI, *La superficie*, Milano, 2004, p. 37 ss.

soggetto poteva dimostrare che appartenevano a lui - e non al proprietario del suolo - costruzioni, piantagioni od opere situate sul suolo in questione: era quindi implicitamente ammessa la proprietà suddivisa per piani orizzontali. Il riconoscimento della proprietà staccata dal suolo, tuttavia, comporta una serie di problemi, che il codice civile del 1865 cercava di ignorare evitando di trattare dell'istituto della superficie.

Anche il *Code civil* del 1804 aveva adottato questa strategia: pure in esso non si rinviene alcuna disciplina del diritto in questione, ma gioca un ruolo particolarmente pregnante l'accessione (artt. 552 ss. c.c.), ribadita principio naturale concepito come necessario completamento della proprietà del suolo⁷⁹, tant'è che nei lavori preparatori del codice si era specificato che essa riguardava sia i frutti industriali che quelli naturali⁸⁰. Come per il codice civile italiano, l'articolo 553 francese, pur ribadendo la presunzione di appartenenza di costruzioni e piantagioni a favore del proprietario del terreno, faceva (e fa) sì che vi fosse (e vi sia) una possibilità di deroga; inoltre, l'articolo 664 (ora abrogato⁸¹) dello stesso codice stabiliva espressamente che potevano appartenere a soggetti differenti i vari piani di un immobile⁸². Si può quindi dire che, sebbene fosse ribadito fortemente il principio *superficies solo cedit*, per il legislatore napoleonico esso era disponibile dalle parti, le quali potevano avvalersi della facoltà di disporre della superficie secondo i propri interessi⁸³. Ad ogni modo, dato che il diritto di superficie non era regolato - e che l'art. 543 *code civil* diceva che i beni potevano essere oggetto di usufrutto, o di servitù, oppure di proprietà - c'è stato persino chi ha sostenuto che in Francia, visto il vuoto legislativo, l'istituto doveva essere disciplinato dalle leggi romane, in quanto erano le uniche che lo avevano regolamentato⁸⁴.

⁷⁹ I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, *Superficie (Diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1464 ss., 1470.

⁸⁰ I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, *Superficie*, cit., p. 1470, nota 53.

⁸¹ L. 1938-06-28, art. 13 JORF del 30 giugno 1938.

⁸² P. GALLO, *Evoluzione storica e disciplina attuale del diritto di superficie*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020.

⁸³ F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, VIII, trad. it di G. TRONO, Napoli-Roma-Milano-Torino, 1833, p. 643, nota 410.

⁸⁴ F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., p. 643, nota 410.

Come accade da sempre, anche nel codice civile del 1942 vige il principio dell'attrazione necessaria, regola ormai parte di una tradizione e di un pensiero giuridico talmente radicato che pare impossibile venga abbandonato, esplicitato all'articolo 934, che però ne ammette la derogabilità. Una delle deroghe legittimate al principio di cui si parla nell'articolo è proprio il diritto di superficie, del quale per la prima volta il nostro codice si occupa, nel titolo III, libro III, con pochi articoli (dal 952 al 956)⁸⁵.

Particolare importanza deve essere attribuita all'art. 952, che, sia al primo sia al secondo comma⁸⁶, impiega il termine 'proprietà' per designare il rapporto che viene a costituirsi tra superficiario e costruzione. Ciò comporta che, nei limiti della compatibilità, il diritto del superficiario sulla costruzione deve essere disciplinato dalle disposizioni generali sulla proprietà⁸⁷. Questo implica che esso può essere alienato, ipotecato e in ogni caso assoggettato autonomamente ad atti di disposizione. È la prima volta che da parte del legislatore italiano il diritto del superficiario sulla costruzione non solo non rimane innominato, ma anzi viene esplicitamente classificato come un rapporto di proprietà e quindi certamente come diritto reale⁸⁸, mentre rimane più incerto in base al codice il rapporto che il superficiario ha col suolo.

Essendo la superficie un diritto reale, e dovendo permettere che il superficiario acquisti la proprietà della costruzione, sia questa già esistente o ancora da costruire, essa deve essere necessariamente costituita con un contratto ad effetti reali ai sensi dell'articolo 1376 c.c., o con legato testamentario. È dunque manifesta la profonda differenza tra l'istituto della superficie nel diritto vigente e nel diritto romano: per quest'ultimo, data l'inderogabilità del principio *superficies solo cedit* e la conseguente

⁸⁵ Essi risultano in parte ispirati al § 1225 ABGB e ai §§ 1012-1017 BGB.

⁸⁶ Essi qualificano il diritto di superficie come 'diritto a costruire' (c. 1) e come diritto avente a oggetto un edificio già costruito (c. 2).

⁸⁷ G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie (Diritto Privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1471 ss., 1472.

⁸⁸ Si considerino anche gli artt. 2810 n. 3, 2812 comma 3 e 2816 c.c., che, trattando della possibilità di costituire un diritto di ipoteca sulla superficie, implicitamente la riconducono alla categoria dei diritti reali, in quanto sono ipotecabili solo i diritti reali trasferibili, e l'art. 954 comma 4 c.c., che stabilisce la prescrittibilità del diritto di superficie in venti anni, termine tipico di prescrizione dei diritti reali. F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 129; G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie*, cit., p. 1472.

impossibilità di configurare una proprietà o un possesso separati di superficie e suolo, non era concepibile la costituzione di un diritto di superficie se non per contratti o atti aventi efficacia obbligatoria.

4. Ciò detto circa l'inquadramento dogmatico generale dell'istituto, rimane da affrontare la questione più spinosa⁸⁹ per il nostro ordinamento: quella che riguarda la possibilità di usucapire il diritto di superficie.

L'attuale codice consente l'usucapione dei diritti reali di godimento sui beni immobili (art. 1158), anche in forma abbreviata (art. 1159, comma 2). Ai fini dell'usucapione ordinaria l'unico requisito consiste nel possesso continuato per vent'anni; l'usucapione abbreviata richiede l'acquisto in buona fede da un soggetto non titolare del diritto in reale in questione in forza di un titolo che però sia astrattamente idoneo a trasferirlo e che sia stato debitamente trascritto.

Nel caso del nostro diritto la questione si presenta particolarmente delicata, poiché risulta molto difficile distinguere il possesso che porta all'usucapione della proprietà dal quello che conduce all'usucapione del solo diritto di superficie⁹⁰, in quanto, come già ricordato, il superficiario si comporta come il proprietario e la possibilità di derogare al principio dell'accessione prevista nell'art. 934 c.c. consente la proprietà di costruzioni al di sopra o al di sotto del suolo altrui. Dunque, qualora il possesso del suolo sia indistinguibile dal possesso della superficie, anche il suolo sarà oggetto di usucapione, portando all'acquisto della proprietà e non del solo diritto reale minore.

⁸⁹ A essa non giova la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942: MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Roma 1943, p. 114. Trattazione discretamente ampia e alquanto analitica, senza però pervenire a tutti i risultati qui proposti, è quella di G. BALBI, *Il diritto di superficie*, Torino 1947, p. 145 ss. V. anche G. MUSOLINO, *Superficie. Sopraelevazione*, Bologna, 2018, p. 130 ss.; R. CATERINA, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, Torino, 2009, p. 197.

⁹⁰ A. MONTEL, *La disciplina del possesso nel codice civile*, Torino, 1951, p. 162; A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950, p. 153; G. PALERMO, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, VIII.2, *Proprietà*, II ed., Torino 2002, p. 8 ss.; E. RUSSO, G. DORIA, G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, V ed., Padova, 2014, p. 413.

Sembra nondimeno possibile individuare almeno quattro casi nei quali si verifichi l'usucapione della sola superficie.

1) Il caso più immediato si riscontra con l'analisi dell'art. 1159 c.c. in tema di usucapione abbreviata, il cui testo precisa tutti gli elementi necessari all'operatività di questo meccanismo acquisitivo.

L'usucapione della superficie può verificarsi nel caso di acquisto da chi non abbia la titolarità a costituirlo o trasferirlo, o perché non sia *dominus* del suolo e non abbia dunque titolo per costituire il diritto di superficie, o perché non sia titolare a sua volta di un diritto di superficie da poter alienare. Se tale acquisto è compiuto da parte di un soggetto in buona fede, con titolo astrattamente idoneo a costituire il diritto, che viene trascritto presso l'ufficio dei registri immobiliari a norma dell'articolo 2643 n. 2 c.c., esso consente l'usucapione del diritto di superficie decorso il termine di dieci anni dalla data della trascrizione.

Nell'usucapione decennale il titolo riesce quindi a qualificare il possesso, limitandolo alla costruzione e facendo in modo che l'usucapione si verifichi⁹¹. Questa conclusione è confermata dalla Cassazione⁹², che nel 1985 ha ravvisato l'usucapione del solo diritto di superficie nell'ipotesi del trasferimento o della costituzione del diritto da parte di chi non abbia la titolarità per farlo. Riformando la sentenza di merito - nella quale il giudice aveva ritenuto che una sentenza che aggiudicava il diritto di proprietà del bene gravato dall'esito di una procedura espropriativa costituisse titolo idoneo all'usucapibilità del diritto di superficie - ha affermato che è necessaria la perfetta corrispondenza tra il contenuto del titolo proveniente *a non 'domino'* (ma astrattamente

⁹¹ G. BALBI, *Il diritto di superficie*, cit., p. 146 ss.; G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., pp. 478, 592 ss.; S. RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992, p. 103; G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie*, cit., p. 1480; G. GIACOBBE, *La superficie*, Milano, 2003, p. 124 s.; G. MUSOLINO, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie*, in *Riv. not.*, fasc. 2, 2005, p. 239 ss., nota 13. *Contra* L. SALIS, *La superficie*, II ed., Torino, 1958, p. 81; ID., *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1977, p. 950.

⁹² Cass., 6 giugno 1985, n. 3362.

idoneo al trasferimento del diritto reale) e l'oggetto del possesso, affinché si possa avere l'usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c.

Più incerto e oggetto di discussioni è se possa, a norma del medesimo articolo, configurarsi l'usucapione decennale del diritto a costruire, non essendovi in tal caso il possesso di un diritto immateriale⁹³ (a meno che, ovviamente non si sia già costruito), sicché parte della dottrina⁹⁴ e della giurisprudenza⁹⁵ si è espressa in senso negativo. Tuttavia altri ha osservato che si dovrebbe ritenere che nel caso di specie il possesso possa essere considerato sussistente anche *solo animo*, «purché il soggetto abbia la possibilità, in ogni momento, di intraprendere la sua attività di costruzione»⁹⁶. Preferibile è però l'opinione di chi ha sostenuto che è necessario che il soggetto che intende usucapire abbia intrapreso, subito dopo l'acquisto, e poi abbia periodicamente ripetuto, alcune attività preparatorie alla costruzione, anche se, decorsi dieci anni, la costruzione non sia di fatto iniziata e purché, beninteso, non siano state sollevate contestazioni circa il suo preteso diritto da parte dell'effettivo titolare⁹⁷.

2) Il fatto che il codice vigente inserisca il diritto di superficie nella categoria dei diritti reali comporta che in linea teorica se ne possa ammettere l'usucapibilità, ex art. 1158 c.c. Più difficile è però individuare casi concreti in cui sicuramente il possesso di un soggetto si riferisca solo alla superficie, senza coinvolgere il suolo. Ciò che deve essere escluso è l'*animus domini* sul suolo, che potrebbe manifestarsi sia sull'intera estensione di questo sia sulla quota ideale di spettanza in comproprietà sulla base delle norme sul

⁹³ Cass., 23 luglio 1983, n. 5086, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Superficie*, n. 3.

⁹⁴ G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 589; L. SALIS, *Superficie (diritto vigente)*, cit., p. 950; A. LISERRE, *Lezioni di diritto privato*, II ed., Milano, 2009, p. 407; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, II ed., Milano, 2016, p. 556.

⁹⁵ App. Palermo, 1° settembre 1955, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1968; App. Palermo, 18 marzo 1955, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Usucapione*, n. 12; Trib. Venezia, 23 luglio 1964, in *Corti Brescia Venezia Trieste*, 1965, p. 199.

⁹⁶ G. MUSOLINO, *Usucapione e diritto di superficie*, in *Riv. not.*, fasc. 4, 2020, p. 700 ss. (nota a Corte appello Napoli, sez. II, 19 febbraio 2020, n. 793).

⁹⁷ R. CATERINA, *Usufrutto*, cit., p. 219; P. GALLO, *La superficie*, Torino, 2001, p. 10.

condominio (artt. 1117 ss. c.c.). Sebbene la questione non sia stata affrontata frequentemente, alcuni rilievi importanti sono stati proposti⁹⁸.

L'articolo 1158 c.c. richiede, per l'operatività del meccanismo dell'usucapione, unicamente un possesso continuato per vent'anni. Nel cercare di individuare gli elementi che consentono di riferire con sicurezza il possesso alla sola superficie, il ragionamento muove le basi dal caso appena analizzato, relativo all'usucapione decennale, nel quale è il titolo idoneo che qualifica il possesso. Allora, in caso di acquisto con titolo astrattamente idoneo a costituire o trasferire la superficie, conseguito *a non domino* del suolo o da chi non sia titolare di un diritto di superficie già precedentemente costituito, in mancanza di uno o di entrambi i requisiti richiesti dall'articolo 1159 c.c. (trascrizione e buona fede), è possibile configurare un secondo caso di usucapione (in questo caso ventennale) del diritto di superficie⁹⁹. Analogamente l'usucapione si verificherà nel caso di costruzioni elevate su terreno inalienabile, per esempio un terreno pubblico¹⁰⁰. Ancora, una recente (2022) pronuncia della Corte d'Appello di Palermo¹⁰¹ ha affermato che il comproprietario che costruisce sul suolo comune può divenire titolare esclusivo del fabbricato che egli stesso abbia edificato mediante usucapione. La pronuncia è molto interessante perché va oltre la (di poco anteriore) sentenza con la quale nel 2018 le Sezioni Unite¹⁰² avevano affermato che, in caso di costruzione edificata da uno solo dei comproprietari, l'operare dell'accessione (*ex art. 934 c.c.*) non era precluso, salvo solo diverso accordo traslativo della proprietà del suolo o costitutivo di un diritto reale su di esso, avente forma scritta *ad substantiam*.

⁹⁸ V. G. BALBI, *Il diritto di superficie*, cit., p. 146.

⁹⁹ A. MONTEL, L. SERTORIO, *Usucapione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 299 ss.; G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 589 s.; B. DUSI, *Istituzioni di diritto privato*, VII ed., I, cur. S. MAIORCA, Torino, 1978, p. 621, nota 8; R. CATERINA, *Usufrutto*, cit., p. 218; G. MUSOLINO, *La costituzione del diritto di superficie*, in *Riv. not.*, fasc. 2, 2015, p. 280 ss. (Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 3 marzo 2015, n. 1034); ID., *Usucapione e diritto di superficie*, in *Riv. not.*, fasc. 3, 2019, p. 599 ss. (Nota a Tribunale Torino, 6 febbraio 2019, n. 568, sez. II); ID., *Usucapione*, cit., in *Riv. not.*, fasc. 4, 2020, p. 700 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Cass., 10 gennaio 2019, n. 467; Corte Conti, sez. contr., 8 marzo 1996, n. 53.

¹⁰¹ Sentenza n. 3469 del 25 agosto 2022.

¹⁰² Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2018, n. 3873.

È dubbio se possa configurarsi l'acquisizione di un diritto *ad aedificandum* mediante decorso del tempo di vent'anni, poiché, come è stato giustamente osservato, l'attività corrispondente all'esercizio del diritto (art. 1140 c.c.) in questo caso si confonderebbe con l'esercizio del diritto di proprietà del suolo, così che l'usucapione si produrrebbe in relazione a quest'ultimo¹⁰³. L'obiezione è fondata e quindi l'usucapione di una concessione *ad aedificandum* sembra nella pratica difficile a verificarsi, a meno che non si voglia seguire, in un'ipotesi che ci sembra però piuttosto di scuola, G. Balbi, il quale ha osservato che «non sembra da escludere la possibilità di un esercizio di fatto del diritto di costruire distinto dal comportamento proprio del proprietario del suolo: la distinzione vi sarebbe se la persona che esercita di fatto il diritto di costruire ammettesse di dovere un canone al proprietario del suolo in riconoscimento di tale sua qualità»¹⁰⁴.

3) Un terzo caso si concentra sull'invalidità dell'atto con cui si costituisce il diritto di superficie: l'usucapione della superficie è da ammettere qualora l'atto riesca a dare indicazione del fatto che il soggetto stia possedendo a titolo di superficiario e non a titolo di proprietario, come può accadere ad esempio nel caso di nullità per mancanza di forma scritta *ad substantiam* (richiesta dall'art. 1350 n. 2 c.c.). Qualora l'acquirente di una proprietà superficiaria venga immesso nel possesso del suolo in virtù di un contratto nullo e su di esso costruisca un edificio che posseda per vent'anni, non è possibile negare che questo terzo abbia usucapito sia il diritto di costruire sul suolo e di mantenere

¹⁰³ G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 589; O. FANELLI, *In tema di usucapione del diritto di superficie*, in *Foro it.*, 1955, I, c. 473 (Osservazioni a sent. Cass., 9 febbraio 1955, n. 370); L. SALIS, *Superficie (diritto vigente)*, cit., p. 950; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, cit., p. 556. Si consideri anche l'estinzione del diritto per non uso, che si verifica, in caso di concessione *ad aedificandum*, se nel ventennio la costruzione, pur cominciata, non sia stata portata a termine: G. MUSOLINO, *Superficie. L'estinzione per non uso*, in *Riv. not.*, fasc. 5, 2014, p. 955 ss. In giurisprudenza, Cass., 20 novembre 2019, n. 30246.

¹⁰⁴ G. BALBI, *Il diritto di superficie*, cit., p. 145. Nel medesimo senso, G. BRANCA, G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, VII ed., Bologna, 1992, p. 193; P. GALLO, *La superficie*, cit., p. 10.

dunque la costruzione, sia la costruzione stessa¹⁰⁵. Lo stesso varrà per il caso di vendita con atto nullo del diritto di superficie su una costruzione già esistente.

4) L'ultimo caso in cui l'usucapione del diritto di superficie pare configurabile emerge dall'osservazione delle norme regolatrici del condominio. L'art. 1117 c.c. statuisce che le parti comuni dell'edificio sono oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio, procedendo poi a elencarle. Sebbene sia certo che un singolo condomino non possa usucapire la proprietà sulle parti comuni, nulla vieta che vi possa essere, sulle stesse, l'usucapione del diritto di superficie. Nel 2020 la Corte d'Appello di Napoli¹⁰⁶ ha affermato che è configurabile l'usucapione di una terrazza con funzione di copertura e protezione dei vani sottostanti (dunque, data la sua funzione di copertura, di proprietà condominiale) a seguito dell'utilizzo diuturno e ultraventennale da parte di uno dei condomini, l'unico ad avere accesso diretto alla terrazza sulla quale insiste anche un bagno, connesso esclusivamente alla proprietà del condomino, la cui unica via di accesso è la terrazza in questione. Allo stesso modo, la Cassazione nel 2009¹⁰⁷ aveva riconosciuto l'usucapibilità della superficie, confermando la sentenza di merito oggetto di ricorso, che aveva riconosciuto l'usucapione del diritto di superficie di un lastrico solare in favore della parte che aveva chiesto l'accertamento dell'usucapione del diritto di proprietà sul lastrico stesso. La Corte aveva affermato che il diritto di superficie costituisce un *minus* rispetto al diritto di proprietà e che dunque non viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato il fatto che il giudice di merito riconosca l'esistenza di un diritto di superficie invece che del diritto di proprietà.

¹⁰⁵ R. ALBANO, *Della superficie*, in *Comm. cod. civ. UTET, Della proprietà*, III.1, Torino, 1968, p. 621 ss., 634; G. MUSOLINO, *La costituzione*, cit., p. 280 ss.; ID., *Usucapione*, in *Riv. not.*, fasc. 3, 2019, cit., p. 599 ss.; ID., *Usucapione*, in *Riv. not.*, fasc. 4, 2020, cit., p. 700 ss.

¹⁰⁶ App. Napoli, Sez. II, 19 febbraio 2020, n. 793.

¹⁰⁷ Cass., 15 ottobre 2009, n. 21930, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 1336. Cfr. anche Cass., 20 luglio 2007, n. 16085. G. MUSOLINO, *La proprietà superficiaria: proprietà o diritto reale su cosa altrui?*, in *Riv. not.*, fasc. 3, 2018, p. 582 ss., nota 25.

5. Il diritto di superficie, le cui radici affondano nelle dinamiche migratorie verso l'Urbe¹⁰⁸ e nelle innovazioni delle tecniche abitative della tarda repubblica romana¹⁰⁹, quando non era ammissibile la proprietà per piani orizzontali, ha avuto uno sviluppo singolare che l'ha portato a esistere ancora oggi in via di eccezione rispetto al principio dell'accessione e in coesistenza con la proprietà per piani. Il passaggio dal diritto romano ai diritti moderni presenta alcune peculiarità che meritano di essere notate.

La dicotomia tra antico e moderno si collega alla concettualizzazione classica delle *res incorporales*, tra le quali il diritto di *superficies* fu sussunto. Non venendo mai ammesso dai giuristi il possesso in senso tecnico della superficie, rimase necessariamente inconcepibile l'usucapione di essa indipendentemente dal suolo.

Il salto dogmatico si è registrato nei codici moderni, quando essi, distaccandosi dalla tradizione romanistica dalla quale dipendono, hanno ammorbidito il principio dell'attrazione necessaria, rendendolo in linea di massima derogabile (si consideri, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'art. 934 c.c.). Il passaggio successivo è poi consistito nell'appellare proprietà la superficie (art. 952 c.c.). L'atto finale è stato quindi quello di prevedere l'usucapibilità dei *iura in re aliena*, ammettendosi il possesso degli stessi (art. 1158 c.c. cui si aggiunge l'art. 1159, in relazione agli effetti della trascrizione e ai fini dell'usucapione abbreviata).

In questo modo, la separazione dall'antico modello è stata perfettamente raggiunta. Oggi, in Italia, dopo i ricchi contributi della dottrina che si sono qui considerati e dopo le numerose pronunce giurisprudenziali in materia, ci sembra che si possa dire che il dibattito inerente all'usucapibilità del diritto di superficie sia da ritenersi risolto. Senza dubbio rimane complicato distinguere il possesso che porta all'usucapione della proprietà dal possesso che porta all'usucapione del diritto reale in questione, ma ci pare che un

¹⁰⁸ C. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Migraciones en la antigüedad. Reflexiones comparativas con su tratamiento jurídico en el presente*, in *Revista Chilena de Derecho*, 40, 2013, p. 1035 ss.

¹⁰⁹ L. GAGLIARDI, A. DI PORTO, *Prohibitions Concerning Polluting Discharges in Roman Law*, in A. GRIECO, S. IAVICOLI, G. BERLINGUER (cur.), *Contributions to the History of Occupational and Environmental Prevention*, Amsterdam, 1999, p. 121 ss.; A. GRILLONE, *La gestione immobiliare urbana tra la tarda Repubblica e l'età dei Severi. Profili giuridici*, con prefazione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Torino, 2019; F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae a Roma antica*, Torino, 2020.

esame delle norme e della casistica permetta di individuare dettagliatamente e, diremmo, chirurgicamente le singole fattispecie rilevanti ai fini dell'acquisto della proprietà superficiaria mediante il decorso del tempo.

L'“evoluzione” del sistema ha poi portato ad ammettere in dottrina, seppur non unanimemente, addirittura l'usucapibilità della concessione *ad aedificandum* sia *ex art. 1158*, sia *ex art. 1159*. Si tratta tuttavia di situazioni in relazione alle quali il possesso è difficilmente configurabile, anche stressando al massimo le categorie moderne, che già si distaccano dalle antiche. Rispetto alla tradizione, l'usucapione di un diritto che non ha nulla di materiale configura tutto sommato un'aberrazione, che deve essere considerata con prudenza, nell'attesa che il tema sia eventualmente stabilizzato da un chiaro indirizzo della Corte regolatrice.

Milano, novembre 2024.

ABSTRACT

Il contributo mira a confrontare il diritto di superficie al tempo dei Romani e al tempo attuale, specialmente con riferimento all'usucapione. Emerge che in età antica il diritto di superficie non era mai usucapibile, difettandogli il carattere di *res corporalis*. In base al codice civile vigente in Italia il diritto di superficie è considerato un *ius in re aliena*, usucapibile sia *ex art. 1158*, sia *ex art. 1159*. Si esaminano analiticamente i casi in cui ciò sia possibile. Attualmente è considerata usucapibile anche la concessione *ad aedificandum*, ma su questo occorrerebbe maggiore cautela.

The contribution aims to compare the right of superficies in Roman times and today, especially with reference to usucapion. It emerges that in ancient times the right of superficies was never usucapible, lacking the character of *res corporalis*. According to the Civil Code in force in Italy, the right of superficies is considered a *ius in re aliena*, usucapible under both art. 1158 and art. 1159. The cases in which this is possible are examined analytically. At present, the concession *ad aedificandum* is also considered usucapable, but more caution should be exercised on this.

Parole chiave: superficie, usucapione, diritto romano, diritto vigente
Keywords: Right of superficie, usucapion, Roman law, existing law