STUDIO LEGALE
D'ISA
CIVILE - PENALE - AMMINISTRATIVO - TRIBUTARIO - LAVORO

SEDE DI NAPOLI
Via M. Schipa 59
80122 Napoli (Na)
Tel: +39 081 248 24 43
Fax: +39 081 240 47 61

SEDE DI SORRENTO
Via Padre R. Giuliani 24
80067 Sorrento (Na)
P.IVA: 06785481216
Tel: +39 081 877 48 42
Fax: +39 081 877 48 42
Cell: +39 339 85 31 464
E-Mail: info@studiodisa.it
PEC: info@pec.studiodisa.it
www.studiodisa.it

SEDE DI SALERNO
Corso G. Garibaldi 194
84122 Salerno (Sa)
Tel: +39 089 258 04 38
Fax: +39 089 258 04 38

Il diritto di superficie

Rassegna giurisprudenziale e dottrinaria sul diritto di superficie

Codice civile – Libro III della proprietà –
Titolo III della superficie – artt. 952 – 956

Avv. Renato D'Isa
29/05/2012

Studio legale D'Isa

Tel/fax
+390818774842

STUDIO LEGALE
D'ISA
CIVILE - PENALE - AMMINISTRATIVO - TRIBUTARIO - LAVORO

SEDE DI NAPOLI
Via M. Schipa 59
80122 Napoli (Na)
Tel: +39 081 248 24 43
Fax: +39 081 240 47 61

SEDE DI SORRENTO
Via Padre R. Giuliani 24
80067 Sorrento (Na)
P.IVA: 06785481216
Tel: +39 081 877 48 42
Fax: +39 081 877 48 42
Cell: +39 339 85 31 464
E-Mail: info@studiodisa.it
PEC: info@pec.studiodisa.it
www.studiodisa.it

SEDE DI SALERNO
Corso G. Garibaldi 194
84122 Salerno (Sa)
Tel: +39 089 258 04 38
Fax: +39 089 258 04 38

Sommario

1	***Natura giuridica***	Pag. 2
2	***Legittimazione***	Pag. 3
3	***L'oggetto***	Pag. 4
4	***I modi di costituzione***	Pag. 6
5	***Diritti ed obblighi delle parti***	Pag. 10
6	***Estinzione***	Pag. 11
7	***Questioni processuali***	Pag. 15

1) Natura Giuridica

art. 952 c.c. **costituzione del diritto di superficie**: *il proprietario* (concedente) *può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo* una costruzione *a favore di altri* (superficiario o concessionario) *che ne acquista la proprietà (934, 1350, 2643).*
Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo.

1) Teoria dello sdoppiamento[1] –
con tale teoria si sdoppiano le ipotesi previste dall'art. 952, affermando che il 1 co. (*il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione*) configura il vero e proprio diritto di superficie, mentre il 2 co (*alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo*) non configurerebbe un vero e proprio diritto di superficie (*ius in re aliena*) ma un diritto di proprietà e, precisamente, una proprietà separata orizzontalmente, che non presupporrebbe necessariamente la concessione di un vero diritto di superficie.
2) Teoria della struttura unitaria[2] –
il diritto di superficie è un tipo di diritto reale limitato (*ius in re aliena*) che comprende il diritto di costruire sul suolo altrui ed il diritto di mantenere su tale suolo sia la costruzione futura che la costruzione esistente.
3) Per la S.C.[3] lo spazio sovrastante il suolo o una costruzione non costituisce un bene giuridico suscettibile di autonomo diritto di proprietà ma configura la mera proiezione verso l'alto delle suddette entità immobiliari e, formalmente, la possibilità di svolgimento delle facoltà inerenti al diritto dominicale sulle medesime. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 952 c. c., il diritto reale su tale spazio, separato dalla proprietà dell'immobile sottostante, non è qualificabile come proprietà ma come diritto di superficie.

[1] *Salis*
[2] *Pugliese – Quaranta – Gazzoni*
[3] Corte di Cassazione, Sezione II civile, sentenza 14 aprile 2004, n. 7051. La Corte, nel formulare il principio surrichiamato, ha confermato la sentenza impugnata che aveva qualificato come diritto di superficie (come tale soggetto a prescrizione per non uso) e non di proprietà il diritto acquistato dagli attori sull'area sovrastante un fabbricato condominiale

2) Legittimazione

L'art. 952 menziona esclusivamente il proprietario come colui che può costituire il diritto di superficie.
È stato in particolare affermato[4] che nessun'altra persona, all'infuori del proprietario, ha il potere di scindere quell'unità organica tra suolo e costruzione che ha determinato l'accoglimento, nel nostro ordinamento giuridico, dell'istituto dell'accessione.
Il diritto di superficie può anche essere costituito dal superficiario, non quale titolare del diritto di fare e mantenere una costruzione sul suolo altrui, ma in quanto titolare della c.d. proprietà superficiaria che nasce dalla realizzazione concreta del vero e proprio diritto di superficie.
I titolari del di irto di superficie, di usufrutto, di enfiteusi, potranno perciò costituire a favore di terzi il diritto di costruire solo a livello meramente obbligatorio.

Nessun divieto è posto dalla legge, invece, nei riguardi della persona a cui favore il diritto di superficie può essere concesso; quindi anche a favore di persona che già abbia sul fondo altro diritto reale: **usufruttuario, usuario**, **enfiteuta**, ecc.
Il diritto di superficie conserverà, anche in tali casi, la sua autonomia e, aggiunto al diritto reale del quale il concessionario già era titolare, consentirà, in concreto, l'esercizio sul fondo di facoltà di godimento più estese di quelle che il primitivo diritto reale avrebbe permesso di esercitare.

Per le stesse ragioni, il diritto di superficie può essere attribuito anche ad uno dei comproprietari del suolo, rimanendo questo comune; è, infatti, principio generalmente ammesso, che il comproprietario possa avere diritti reali sulla cosa comune.

[4] *Salis*

3) L'Oggetto

Ex art. 952	
Il suolo	La costruzione
La dottrina e la giurisprudenza concordano nel ritenere che il diritto di superficie possa essere costituito, oltre che sul nudo suolo, anche sulla costruzione già esistente, dando così ad una sopraelevazione.	Occorrono due caratteri: 1) che si tratti di un'opera umana (di regola una cosa composta), che vi siano i requisiti di bene immobile a norma dell'art. 812; 2) e che la costruzione sia suscettibile di accessione ai sensi dell'art. 934. Non possono, perciò, formare oggetto di concessione superficiaria, in quanto non costituiscono oggetto di accessione, le costruzioni ed opere sospese nel vuoto (balconi, terrazze, ecc.). in questi casi potrà aversi soltanto una servitù, se non addirittura un rapporto obbligatorio.

In base al principio dell'autonomia negoziale, per la S.C.[5], deve ritenersi consentita la possibilità della contemporanea costituzione, a carico dello stesso immobile e tra le stesse parti, sia di un diritto di superficie avente ad oggetto lo spazio aereo soprastante l'immobile, sia di un diritto di servitù "*altius non tollendi*", spettando al giudice di merito, nell'indagine sulla comune intenzione dei contraenti, accertare se la volontà delle parti sia stata quella di assicurare, con tale assetto negoziale, una posizione di privilegio ad una parte rispetto all'altra, concretantesi nella facoltà di scegliere tra l'edificazione ed il mantenimento della visuale anche dopo che il diritto di superficie sia estinto per non uso.

[5] **Corte di Cassazione, Sezione II civile, sentenza 24 novembre 2009, n. 24701.** Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, nel decidere in controversia vertente su un contratto di "vendita d'aria" stipulato sotto il vigore del codice civile previgente - il quale non prevedeva tra i diritti reali "in re aliena" il diritto di superficie -, muoveva dalla premessa di principio per cui non fosse possibile operare contemporaneamente, sullo stesso immobile, la costituzione di una servitù "altius non tollendi" e la cessione del relativo spazio sovrastante, così da pregiudicare in radice la corretta indagine ermeneutica sul complessivo accordo intercorso tra le medesime parti

art. 955 c.c. **costruzioni al disotto del suolo**: *le disposizioni precedenti si applicano anche nel caso in cui è concesso il diritto di fare e mantenere costruzioni al disotto del suolo altrui*

in tema secondo la S.C.[6] il diritto di costruire e mantenere, a vantaggio di un determinato fondo, un garage nel sottosuolo di altro determinato fondo vicino costituisce un diritto **di servitù che non può confondersi con un diritto di superficie**. Infatti il primo diritto presuppone l'esistenza di due fondi, appartenenti a diversi proprietari, sull'uno dei quali gravi un limite o un onere per l'utilità dell'altro fondo; **il diritto di superficie presuppone invece un unico fondo su cui è attribuito, ad un soggetto diverso dal proprietario, un diritto autonomo che restringe il diritto di proprietà di quest'ultimo**, a prescindere da qualsiasi considerazione di utilità di altri fondi.
Sempre per la medesima Corte[7] già sotto il vigore del codice civile del 1865 era configurabile, in base al combinato disposto degli artt. 440 e 448, una divisione del diritto di proprietà relativa ad un immobile in autonome e distinte forme incidenti separatamente sul suolo, sul sottosuolo e sul soprasuolo, mentre il codice civile vigente, pur ispirandosi alla concezione tradizionale che **il diritto di proprietà si estende** di regola — **salvo quanto previsto dagli artt. 952 e 955 in tema di diritto di superficie — al sottosuolo** e allo spazio sovrastante, sancisce (art. 840 cod. civ.) che il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle. Pertanto, ove si accerti che un soggetto ed i suoi danti causa abbiano posseduto una grotta, costituente una entità autonoma e nettamente distinta dal suolo sovrastante sotto il profilo materiale, funzionale ed economico, correttamente il giudice del merito, in presenza di un possesso pubblico, pacifico e ininterrotto per un periodo di tempo utile all'usucapione, accerta un tale titolo di acquisto originario della proprietà della grotta disgiunta dalla proprietà del suolo sovrastante.

art. 956 c.c. **divieto di proprietà separata delle piantagioni***: non può essere costituita o trasferita la proprietà delle piantagioni (821) separatamente dalla proprietà del suolo.*

[6] Corte di Cassazione, sentenza dell'8 agosto 1977, n. 3617.
[7] Corte di Cassazione, sentenza del 16 settembre 1981, n. 5130.

4) I modi di costituzione del diritto di superficie

A – generalità

Il diritto di superficie, come ogni altro diritto reale limitato, può essere costituito

1) sia con atti *inter vivos* (vendita, permuta, *datio in solutum*, donazione, ecc.)

- contratto ad effetti reali (per atto pubblico o scrittura privata ai sensi dell'art. 1350 e devono essere trascritti ai sensi dell'art. 2643 n.2) ex art. 1376.

Proprio sulla trascrizione è intervenuta la S.C. precisando che il negozio con il quale il costruttore di uno stabile, nell'alienare la costruzione, riservi a sè il diritto di proprietà del lastrico di copertura e il relativo "*ius inaedificandi*", essendo finalizzato ad incidere sul regime dominicale della "res" e, in particolare, su diritti considerati dall'ordinamento inerenti al bene immobile oggetto della convenzione negoziale (e, pertanto, in assenza di contrario titolo, appartenenti al proprietario -o ai proprietari - dell'immobile medesimo), è soggetto a trascrizione, ai sensi del disposto dell'art. 2645 cod. civ., la cui mancanza, a mente del combinato disposto degli artt. 2644 e 2645 cod. civ., rende detto negozio inopponibile ai terzi e, in particolare, ai successori del primo acquirente dell'edificio, qualora, di tale riserva di proprietà non venga fatta menzione nei successivi negozi traslativi stipulati in loro favore.

Con una sentenza datata la medesima Corte[8] ha anche affermato che la dimostrazione dell'esistenza e dell'**acquisto del diritto di superficie deve essere fornita con un documento** avente immediata funzione costitutiva. Deve quindi, escludersi che tale diritto possa essere provato indirettamente da atti destinati ad una funzione specifica diversa.

- in merito alla donazione per la Corte di Legittimità[9] se un diritto reale immobiliare è attribuito senza corrispettivo e non costituisce adempimento di un'obbligazione, neppure morale o etica, l'"*animus donandi*" si presume e l'atto deve avere la forma pubblica, a pena di nullità, perchè configura una donazione.

E' controverso se un negozio costitutivo del diritto di superficie, nullo per difetto di forma, possa valere come diritto personale di godimento (locazione).

La tesi positiva, seguita dalla Cassazione, che ha modificato il precedente orientamento, è contestata dalla dottrina prevalente[10] la quale osserva che non si può applicare il principio della conversione (art. 1424 c.c.) perché si tratta di figure eterogenee, diversi essendo i

[8] Corte di Cassazione, sentenza del 15 giugno 1967, n. 1401.
[9] Corte di Cassazione, Sezione II civile, sentenza 19 marzo 1998, n. 2912
[10] *Palermo*

requisiti di sostanza: l'una con effetti reali, l'altra con effetti obbligatori.
Secondo una pronuncia di merito[11], inoltre, al **preliminare di compravendita** avente ad oggetto il trasferimento della piena proprietà di un immobile di cui il promittente venditore abbia, al momento della stipula, solo la proprietà superficiaria con l'impegno di quest'ultimo ad acquistare la proprietà del terreno su cui giace l'immobile, non è applicabile la speciale procedura prevista dall'**art. 2932** c.c., qualora il promittente non sia successivamente riuscito a trasformare il suo diritto. Invero avendo in tal caso il contratto ad oggetto specificatamente il trasferimento della piena proprietà e non del solo diritto di superficie, l'impegno del promittente venditore all'acquisto del terreno su cui giace l'immobile, assume il valore di una condizione sospensiva, il cui mancato avveramento impedisce la conclusione del contratto, rendendo, di conseguenza, impraticabile il ricorso alla procedura per l'esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre.
Sempre per quanto riguarda la costituzione del diritto di superficie con atto *inter vivos* la Corte di Piazza Cavour[12] ha avuto modo di precisare che la concessione "*ad aedificandum*", stante l'autonomia contrattuale delle parti, riconosciuta dall'art. 1322 cod. civ., non si concreta sempre necessariamente in un diritto di superficie, ai sensi dell'art. 952 cod. civ., potendo in taluni casi assumere i caratteri e i contenuti di un diritto personale nei soli confronti del concedente, trovando la sua fonte in un contratto (atipico) con effetti meramente obbligatori non soggetto a rigori di forma o di pubblicità. Tuttavia al fine di poter interpretare in tal senso, anziché in quello conforme allo schema tipico approntato dal legislatore, la concreta pattuizione intervenuta fra le parti, occorre che emergano (e vengano indicati dal giudice di merito) i peculiari indici rivelatori di una simile configurazione giuridica.

2) sia con atti *mortis causa*.
   - sia il legato
   - sia il sublegato

Mentre secondo ultima sentenza di merito[13] **l'atto amministrativo attributivo della facoltà di utilizzazione di suolo pubblico** non è idoneo a costituire un diritto reale di superficie ai sensi dell'art. **952 c.c.**, bensì soltanto un diritto personale di godimento contro il pagamento di un canone da parte del concessionario; diritto che, conseguentemente, né è soggetto all'obbligo di trascrizione ex art. **2643, comma 1, c.c.**, né, tantomeno, può essere liberamente trasferito dal titolare a terzi senza il concorso della volontà dell'ente pubblico concedente; discende da tale premessa che nel caso in cui il titolare di una concessione di

[11] Tribunale Monza, Sezione II civile, sentenza 21 febbraio 2008, n. 523
[12] Corte di Cassazione, Sezione II civile ,sentenza 29 maggio 2001, n. 7300
[13] Corte d'Appello Firenze, Sezione I civile, sentenza 7 gennaio 2010, n. 4

utilizzazione di suolo pubblico prometta ad un terzo la cessione della proprietà del fabbricato distinta dalla proprietà del suolo, impegnandosi di fatto a trasferire la proprietà superficiaria, egli assume un'obbligazione che in realtà non può adempiere in primis poiché sussiste un'oggettiva divergenza tra quanto promesso e ciò di cui egli è titolare, in secondo luogo in quanto il promissario acquirente non può subentrare nella titolarità della concessione amministrativa senza il consenso dell'amministrazione concedente; il promittente si rende in tal modo colpevolmente inadempiente alla promessa di trasferire un diritto reale, a nulla rilevando, al fine di escludere la sua responsabilità contrattuale, che il promissario acquirente, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto verificare, attraverso l'esame dei registri immobiliari, l'insussistenza del diritto superficiario; circostanza, quest'ultima che, al più, può incidere sulla valutazione dell'entità del risarcimento a lui spettante, ma che non esclude né la legittimità della richiesta di risoluzione, né l'esistenza di un danno risarcibile.

È bene anche precisare che, secondo la sezione tributaria della Suprema corte[14], la clausola, inserita in un contratto di vendita di un fondo edificabile, in virtù della quale il venditore dichiari di "riservarsi" la proprietà di alcune aree del fabbricato che l'acquirente vi costruirà, non comporta una delimitazione dell'oggetto della vendita, ma la costituzione di un diritto di superficie in favore del venditore, con la conseguenza che **l'imposta di registro** va applicata per ciascuno dei due diversi negozi (vendita e costituzione del diritto di superficie) simultaneamente stipulati.

Con riguardo al concessionario di area demaniale cui il provvedimento amministrativo attribuisca un diritto reale di edificare e mantenere manufatti sull'area oggetto di concessione, l'edificazione del manufatto rende applicabile, ai sensi degli artt.1 e 3 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 (anche nella formulazione in vigore prima delle modificazioni introdotte a decorrere dal 1 gennaio 1998 con l'art. 58 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n.446), l'**ICI** a carico del concessionario stesso in veste di proprietario del manufatto[15].

Infine una volta che le parti abbiano, nella loro autonomia, stipulato una concessione "*ad aedificandum*", costitutiva di un diritto personale di godimento a favore dei coniugi concessionari con previsione di destinazione dell'immobile ad abitazione familiare e con implicita determinazione della durata della concessione rapportata a tale uso, il successivo provvedimento di assegnazione della casa familiare in favore del coniuge concessionario affidatario dei figli minorenni (o convivente con i figli maggiorenni non autosufficienti senza loro colpa), emesso nel giudizio di separazione, secondo la S.C.[16], non modifica la natura ed il

[14] **Corte di Cassazione, Sezione Tributaria civile**, **sentenza 6 febbraio 2009, n. 2892**
[15] **Corte di Cassazione, Sezione Tributaria civile** , **sentenza 28 marzo 2008, n. 8057**
[16] Corte di Cassazione, Sezione I civile, sentenza 7 febbraio 2006, n. 2627

contenuto del titolo di godimento sull'immobile, ma determina una concentrazione, nella persona dell'assegnatario, di detto titolo di godimento, che resta regolato, nel suo contenuto, dalla disciplina del titolo negoziale preesistente, con la conseguenza che i proprietari concedenti sono tenuti a consentire la continuazione del godimento per le esigenze abitative della famiglia, ove così sia stato previsto nel contratto.
Sempre in merito ai rapporti tra i coniugi è bene anche sottolineare che secondo la Corte nomofilattica[17] **la costruzione realizzata durante il matrimonio sul suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi appartiene esclusivamente a costui**, non potendo riconoscersi alle norme sulla comunione legale fra i coniugi - nè in particolare all'art. 177 lett. a) cod. civ. che assoggetta alla comunione gli acquisti compiuti dai coniugi durante il matrimonio - carattere derogatorio al principio generale dell'accessione di cui all'art. 934 cod. civ., in base al quale il proprietario del suolo acquista la proprietà delle opere costruite sul suo fondo "*ipso iure*" al momento dell'incorporazione, senza necessità di una specifica manifestazione di volontà, potendo l'operatività di tale principio essere derogata soltanto dal titolo o da una specifica disposizione di legge che attribuisca in tutto o in parte la proprietà dell'opera costruita sul suolo ad un soggetto distinto dal proprietario del medesimo.

B – la riserva di superficie

Ex art. 796 c.c. –

anche se il legislatore ha previsto l'istituto della riserva solo per l'usufrutto in tema di donazione, la dottrina ritiene che la ragione di tale esplicito riconoscimento sia essenzialmente storica, ed è concorde nell'affermare che la figura ha carattere generale e può rifarsi a qualunque diritto reale di godimento.

La pratica notarile ha spesso utilizzato la riserva di superficie per realizzare lo scopo di trasferire un'area edificabile in cambio di una parte dell'opera da costruire sull'area stessa: trasferimento della proprietà dell'area al costruttore con riserva per il venditore del diritto di superficie sulle zone dove saranno costruiti gli appartamenti da ricevere in cambio e, in aggiunta, in contratto di appalto con corrispettivo corrispondente al valore dell'area trasferita.

C – usucapione

A) la tesi negatrice – si basa su ragioni eminentemente pratiche: l'impossibilità soggettiva di un *animus possidendi* relativo alla superficie che non sia un *animus possidendi* relativo

[17] Corte di Cassazione, Sezione II civile, sentenza 16 febbraio 1993, n. 1921

alla proprietà, piena ed esclusiva, dell'immobile sul quale la costruzione sorge o può sorgere; l'impossibilità oggettiva di un possesso che non si sostanzi in concreto nella realizzazione della stessa costruzione, con la conseguenza che, una volta eseguita, si usucapirà quest'ultima.

B) È preferibile la tesi positiva (*Messineo – Pugliese*), perché, anche se non si tratta di ipotesi frequenti, è ben possibile individuare un vero e proprio possesso come superficiario , dal punto di vista soggettivo ed oggettivo, distinto dal possesso come proprietario.

5) Diritti ed obblighi delle parti

A – la posizione del concedente

Il concedente, fino a quando il superficiario non dia inizio alla costruzione, ha il potere di compiere tutti gli atti di godimento che riterrà più opportuni (coltivazione del terreno raccolta dei frutti).

Il concedente potrà, inoltrare, nonostante l'effettuata costruzione, utilizzare il sottosuolo purché non rechi danno alla costruzione stessa.

L'obbligo principale del *dominus soli* consiste in un *pati* analogo al comportamento del soggetto passivo della servitù (proprietario del fondo servente). Egli è, in particolare, tenuto a non ostacolare il concessionario nell'attività preparatoria per la costruzione (ad esempio, non potrà effettuare delle modifiche allo stato del suolo).

Difatti per la S.C.[18] il diritto di superficie ha un suo specifico contenuto economico incidente per un verso, positivamente, sul patrimonio di chi ne è titolare, per altro verso, negativamente, su quello di coloro che per effetto di esso subiscono una limitazione al loro diritto dominicale, senza che rilevi che l'esercizio dello "*ius aedificandi*" è rimesso alla volontà del superficiario, poichè il carattere futuro ed eventuale di tale esercizio connaturato alla stessa struttura del diritto di superficie, nulla toglie alla sua valutabilità in termini economici.

[18] Corte di Cassazione, sezione II civile, sentenza 22 maggio 2000, n. 6656

B – la posizione del concessionario

Il concessionario ha il potere di compiere tutti gli atti necessari per elevare la costruzione ed ha anche, secondo la prevalente dottrina, il diritto, salvo patto contrario, di utilizzare le aree non edificate, costituendo le stesse la necessaria e normale espansione del diritto del superficiario, quali accessori della costruzione.
Il concessionario non ha particolari obblighi, ma solo quelli risultanti dal titolo. Relativamente al pagamento di un corrispettivo (se si tratta di contratto a titolo oneroso), trattasi di un'obbligazione personale del superficiario e non di un'obbligazione *propter rem*, perché manca nella legge ogni connessione fra questa obbligazione e la cosa.

6) Estinzione del diritto di superficie

A – la scadenza del termine

art. 953 c.c. **costituzione a tempo determinato***: se la costituzione del diritto e stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione (2816).*

Non è previsto un termine minimo come per l'enfiteusi (art. 958).

Diritto di superficie e contratto di locazione

Per la Cassazione[19] la concessione ad *aedificandum*, da cui deriva il diritto di fare e mantenere determinate costruzioni al di sopra del suolo altrui, può, in taluni casi, pur attribuendo il godimento esclusivo dell'opera in correlazione e per la durata del diritto di godimento del terreno, avere un contenuto diverso dal diritto reale ed assumere, in particolare, le caratteristiche di un diritto personale di natura obbligatoria. È quindi giuridicamente configurabile un negozio ad effetti obbligatori, qualificabile come tipo anomalo di locazione, in cui il locatario si concede il godimento di un terreno, con facoltà di farvi delle costruzioni di cui godrà precariamente come conduttore e che, alla fine del rapporto, dovranno essere rimosse a sua cura. Si verifica tale ipotesi quando nel contratto di locazione

[19] Corte di Cassazione, sentenza del 30 novembre 1967, n. 2851.

di un terreno per l'impianto di una pompa per carburanti, con relativa stazione di servizio ed annesso bar per un periodo di tempo determinato, sia prevista espressamente la rimozione delle opere a cura e facoltà del concessionario alla scadenza del contratto. Non è allora nemmeno ipotizzabile un diritto reale di superficie in ordine alle costruzioni ex art. 953 cod. civ. Bene pertanto il negozio in questione viene qualificato e tassato dall'amministrazione finanziaria come contratto di locazione ai fini dell'imposta di registro, non verificandosi nella specie contrasto tra il nomen iuris attribuito dalle parti al contratto ed il contenuto di locazione del medesimo agli effetti fiscali.

B – perimento della costruzione

art. 954 3 co c.c. **estinzione del diritto di superficie**: ***……***

Il perimento della costruzione non importa*, salvo patto contrario,* l'estinzione del diritto di superficie*.*

Pertanto, il superficiario potrà effettuare una nuova costruzione con l'unico limite, nel caso di costituzione a termine, della scadenza di quest'ultimo.
Diversa è l'ipotesi del perimento della cosa ossia non solo della costruzione, ma anche del suolo, (si pensi ad un'alluvione) perché questo estingue tutti i diritti reali.

C – prescrizione per non uso

art. 954 4 co c.c. **estinzione del diritto di superficie**: ***……***

Il diritto di fare la costruzione sul suolo altrui si estingue per prescrizione per effetto del non uso protratto per venti anni (2934 e seguenti, 2816).

È controverso quale sia il mezzo per impedire la prescrizione.

A) secondo alcuni[20] basta l'inizio della costruzione;
B) secondo altri[21], invece, occorre il completamento dell'opera.
C) È preferibile la tesi intermedia[22] secondo la quale ha valore decisivo il tenore del titolo:
   - se quest'ultimo delimita il tipo o i caratteri della costruzione da erigere, l'inizio della costruzione (ove non sia fissato un termine entro il quale essa debba essere compiuta) vale ad interrompere, ma non ad impedire la prescrizione, la

[20] *Balbi*
[21] *Salis*
[22] *Pugliese*

quale riprenderà a decorrere con un nuovo termine, dal momento in cui le opere stesse furono sospese;

- se, invece, il titolo nulla dice o consente il compimento di qualsiasi costruzione, la prescrizione è impedita anche ad operare lasciate a meta o appena iniziate ed il superficiario potrà completarle quando lo vorrà senza nessun limite di tempo.

La proprietà superficiaria, invece, in quanto diritto di proprietà, non si prescrive, salvo gli effetti dell'usucapione altrui.

D – altre cause di estinzione

Altre cause d'estinzione, non espressamente previste in sede di superficie, sono quelle comuni a tutti i diritti reali limitati: in particolare

1) la consolidazione
2) la condizione risolutiva apposta al negozio costitutivo;
3) la rinunzia abdicativa – quest'ultima deve essere fatta nella stessa forma richiesta per la costituzione del diritto e deve essere resa pubblica mediante la trascrizione (artt. 1350 n. 5 e 2643 n. 5).

E – effetti dell'estinzione

art. 954 c.c. **estinzione del diritto di superficie**: *l'estinzione del diritto di superficie per scadenza del termine importa l'estinzione dei diritti reali imposti dal superficiario. I diritti gravanti sul suolo si estendono alla costruzione, salvo, per le ipoteche, il disposto del primo comma dell'art. 2816.*

I contratti di locazione (1596), che hanno per oggetto la costruzione, non durano se non per l'anno in corso alla scadenza del termine (999).

Il perimento della costruzione non importa, salvo patto contrario, l'estinzione del diritto di superficie.

Il diritto di fare la costruzione sul suolo altrui si estingue per prescrizione per effetto del non uso protratto per venti anni (2934 e seguenti, 2816).

La norma dell'art. 953 ha natura dispositiva; perciò le parti sono libere di determinare quali effetti si producano con l'estinzione del diritto alla scadenza del termine.

Così esse possono stabilire che non si determini l'effetto dell'accessione automatica o che al superficiario costruttore sia dovuto un corrispettivo.
Le parti possono stabilire un patto di riscatto o un patto *de retrovendendo* a favore del superficiario o l'obbligo a carico dello stesso di rimuovere la ricostruzione effettuata per restituire il fondo nelle stesse condizioni in cui era all'inizio del rapporto.

La legge non dice quale sia la sorte dei diritti in esame quando la superficie si estingue per cause diverse dalla scadenza del termine.
Si è osservato che in tal caso devono applicarsi i principi generali e che pertanto i diritti reali costituiti dal *dominus soli* e dal superficiario continueranno a sussistere autonomamente, sempre che ciò sia compatibile con l'appartenenza degli immobili gravati dagli stessi ad un unico titolare, analogamente alla disciplina dell'ipoteca.

art. 2816 c.c. **ipoteca sul diritto di superficie***: le ipoteche che hanno per oggetto il diritto di superficie (c.c.952 e seguenti) si estinguono nel caso di devoluzione della superficie al proprietario del suolo per decorso del termine. Se però il superficiario ha diritto a un corrispettivo, le ipoteche iscritte contro di lui si risolvono sul corrispettivo medesimo. Le ipoteche iscritte contro il proprietario del suolo non si estendono alla superficie.*
Se per altre cause si riuniscono nella medesima persona il diritto del proprietario del suolo e quello del superficiario, le ipoteche sull'uno e sull'altro diritto continuano a gravare separatamente i diritti stessi.

Non si estinguono i diritti acquistati dal terzo per usucapione, in quanto si tratta di diritti acquistati a titolo originario, i quali non possono dirsi costituiti né dal concedente né dal superficiario.

Se la riunione della proprietà sulla costruzione e sul terreno avviene per una causa diversa dalla scadenza del termine, devono applicarsi i principi generali posti dalla legge per i trasferimenti della cosa locata (art. 1599 c.c.).

7) Questioni processuali

Per la Corte di Piazza Cavour[23] non viola il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato il giudice di merito che a fronte della domanda di accertamento del diritto di proprietà su di un immobile, riconosca invece il diritto di superficie, costituendo questo un "*minus*" rispetto al primo, perché attiene a facoltà che sono normalmente comprese nella proprietà, dalla quale, per espressa previsione dell'art. 952 cod. civ., possono essere scorporate, con attribuzione ad un soggetto diverso dal proprietario di una parte soltanto delle facoltà dominicali.

[23] Corte di Cassazione, Sezione II civile, sentenza 15 ottobre 2009, n. 21930**.** Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito 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 sulla medesima area