

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

Emanuela CALORE

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Superficies solo cedit nel diritto romano*.
III. *La regola superficies solo cedit nel lavoro dei codificatori latinoame-*
ricani del XIX secolo. IV. *Conclusioni*. V. *Bibliografia*.

I. PREMESSA

La massima *superficies solo cedit*, secondo la quale quanto insiste sopra il suolo (edifici, piante) diventa parte integrante (*cedit*) di quest'ultimo, non a torto considerata come una regola o un principio¹ del diritto romano, è stata spes-

¹ Riccobono, Salvatore, "La violazione del principio superficies solo cedit nel diritto giustiniano", in "Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D. 10, 3, 14 [Paul. 3 ad Plautium])", *AUPA*, 3-4, 1917, pp. 508 ss. (= *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, pp. 301 ss.); Schulz, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, rist. inalt., Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2003, p. 87 (= trad. ital. *I principi del diritto romano*, Arangio-Ruiz, Vincenzo (cur.), Firenze, Casa Editrice Le lettere, 1946, p. 111); Maroi, Fulvio, "La proprietà degli alberi separata da quella del fondo", *SDHI*, 1, 1935, p. 349; Pugliese, Giovanni, "Note sulla superficie nel diritto giustiniano", *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segré*, Milano, 1943, pp. 119-144 (= da cui si cita, *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Napoli, Jovene, 1985, pp. 276 ss.); Branca, Giuseppe, "Considerazioni intorno alla proprietà superficiaria nel diritto giustiniano", *Mélanges Fernand de Visscher*, III, *RIDA*, 4, 1950, p. 190; *id.*, "s. v. accessione", *cit.*, pp. 261 ss.; Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 36; Stein, Peter, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press, 1966, pp. 93 ss.; Horak, Franz, "Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo", I, Aalen, Scientia Verlag, 1969, p. 120; Schmidlin, Bruno, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln, Böhlau, 1970, p. 90, la colloca tra le regole normative; Grosso, Giuseppe, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 234-299; Maddalena, Paolo, "Accedere e cedere nelle fonti classiche", *Labeo*, 17, 1971, p. 186; Meincke, Jens Peter, "Superficies solo cedit", *ZSS*, 88, 1971, pp. 136 ss.; Wagner, Herbert, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Zutphen,

so ricondotta dalla dottrina romanistica al carattere assoluto della proprietà fondiaria romana e all'attrazione necessaria del suolo² o all'individualismo che avrebbe caratterizzato il diritto privato romano.³

Terra Publishing Co., 1978, pp. 126 ss.; Marchi, Eduardo C. Silveira, "La proprietà per piani nel diritto romano", *Index*, 18, 1990, pp. 265 ss.; Apathy, Peter, "Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei inaedificatio", *Iura*, 42, 1991, p. 8; Zaera García, Ana, "La propiedad superficial en el derecho romano Justiniano", *RIDA*, 51, 2004, pp. 369 ss.; Liebs, Detlef, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7a. ed., München, C. H. Beck 2007, p. 226; Gagliardi, Lorenzo, "La tutela prevista dal diritto romano per i superficiali: dalle azioni in personam alle azioni in rem", in Garofalo, Luigi (cur.), "Actio in rem" e "actio in personam". In ricordo di Mario Talamanca, II, Padova, Cedam, 2011, pp. 5 ss.

² Solmi, Arrigo, "Il diritto di superficie nei documenti italiani del Medio Evo", *Rivista di diritto civile*, 7, 1915, pp. 472 ss. (=da cui si cita, *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1937, pp. 59 ss., 72 ss.); Betti, Emilio, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2a. ed., rist. inalt., Padova, Cedam, 1947, p. 374, per il quale l'antica proprietà fondiaria non avrebbe ammesso che un elemento integrante del fondo potesse appartenere ad una persona diversa dal proprietario di quest'ultimo: "onde il principio dell'attrazione necessaria, per cui tutto quanto s'incorpora al suolo — seme, pianta, edificio — cade, senza possibilità di patto contrario, sotto lo stesso dominio del suolo"; Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Napoli, 1978, rist. anast., Napoli, Jovene, 1991, pp. 192-258; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, Società editrice "Vita e pensiero", 1937, p. 255; *id.*, "Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio «superficies solo cedit»", *Syntheseia. Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, Jovene, 1952, p. 137, il quale aggiunge che si tratta di un principio non introdotto dalla legge, ma riconosciuto dal diritto (*mores et interpretatio*) "come espressione di una intuitiva realtà"; Sanfilippo, Cesare, "s. v. Accessione", *ANDI*, I.1, Torino, Unione tipografico-Editrice Torinese, 1957, p. 130, per il quale il fondamento dell'acquisto per accessione risiederebbe "nel più vasto concetto del potere di attrazione reale, che è una delle più spiccate caratteristiche della proprietà romana ... per cui il *dominium* su una data *res* (più evidentemente nei fondi) non consente un concorrente dominio altrui su una cosa che sia parte della stessa *res*, o che con essa venga a congiungersi, in modo da perdere la propria autonomia e da divenirne parte"; Ruggiero, Roberto de e Maroi, Fulvio, *Istituzioni di diritto civile*, I, 9a. ed. Milano, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1961, p. 600, ritengono che "per l'attrazione del suolo" la proprietà della semina, della piantagione e della costruzione venga acquistata dal proprietario del suolo; Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano*, II.2, *La proprietà*, rist. corretta della, Milano, Giuffrè 1968, p. 91, considerava l'accessione la manifestazione del carattere assorbente della proprietà romana ("l'accessione ... è l'espressione più genuina del carattere autonomo, pieno, sovrano della proprietà romana"); Pastori, Franco, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1984, p. 159, riferisce la regola alla forza attrattiva del *dominium*, che avrebbe escluso limitazioni tanto spaziali quanto temporali; Volterra, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, La Sapienza Editrice, 1988, pp. 428 ss.; Zaera García, Ana, "Superficies solo cedit", *AFUDUC*, 12, 2008, p. 1011, secondo la quale "Con la vigencia del principio se defiende la propiedad del suelo, de modo que todo aquello que se encuentra sobre el mismo se considera un elemento accesorio que sigue el destino jurídico de éste. Se manifiesta así la primacía del suelo frente a lo sobrepuesto en él, aunque la trascendencia económica de la construcción pueda equipararse al suelo".

³ Schulz, Fritz, *Prinzipien*, *cit.*, p. 105 (=trad. ital. *I principi*, *cit.*, p. 134); Maschi, Carlo Alberto, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, p. 151, ritiene che sia solo in parte corretto de-

Diverse fonti,⁴ però, collegano questa regola⁵ allo *ius naturale* o alla *natura*.⁶ Lo scopo della ricerca è quello di approfondire⁷ tali collegamenti, per

durre dalle caratteristiche della proprietà fondiaria romana che all'individualismo del diritto privato romano ripugni l'esistenza di una proprietà separata insistente sul suolo altrui ed in particolare la proprietà divisa per piani; Schwarz, Fritz, "Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, 1952-1953, pp. 202 ss.; Alterini, Jorge H., "Derecho real de superficie", *Revista del Notariado*, 850, 1997, p. 15. A queste spiegazioni e a quelle citate nella nota precedente —che sono quelle più frequentemente addotte—, si può aggiungere quella di Maroi, Fulvio, "Elementi religiosi del diritto romano arcaico", *Archivio Giuridico*, 109, 1933, pp. 83 ss.; *id.*, "La proprietà degli alberi", *cit.*, pp. 349 ss., in chiave magico-religiosa, o quella, su un piano prettamente processuale, di Kaser, Max, "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht", *ZZS*, 65, 1947, pp. 238 ss. Per una più completa panoramica delle posizioni della dottrina sull'origine e il fondamento della regola *superficies solo cedit*, Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, pp. 174 ss.

⁴ Gai. 2, 73; Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43, 18, 2; Paul. 74 *ad ed.* D. 44, 7, 44, 1; Ulp. 6 *opinion.* D. 9, 2, 50.

⁵ Per la sua risalenza: Kaser, Max, "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten", *cit.*, p. 239; Branca, Giuseppe, "s. v. accessione", *cit.*, p. 261; Horak, Franz, *op. cit.*, p. 120; Meincke, Jens Peter, "Superficies solo cedit", *cit.*, p. 182; Musumeci, Francesco, *Inaedificatio*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 79; Behrends, Okko, "Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung oder: Der Kunstbegriff der vorklassischen Jurisprudenz im Rahmen ihrer Weltdeutung", *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert: 15. Mai 1954 bis 21. März 2006*, Hoyer, Andreas *et al.* (hrsgg.), Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 70, nt. 11; Griese, Lennart, *Die Nutzung von Land ernach römischem Recht. Ordnungsmodelle für die Kolonien und für die Provinz*, Baden-Baden, Nomos, 2019, p. 187. Diversamente, Voci, Pasquale, *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 265; Mayer-Maly, Theo, "Studien zur Frühgeschichte der usucapio II", *ZZS*, 78, 1961, p. 223, nt. 11.

⁶ Kübler, Bernhard, "s. v. superficies", *PWRE*, IV. A. 1, Stuttgart, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, 1931, p. 926; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 284 ss.; *id.*, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, pp. 138 ss.; Voci, Pasquale, *op. cit.*, pp. 255 ss.; Schmidlin, Bruno, *op. cit.*, p. 87, nonostante rilevi che l'attribuzione di questa regola allo *ius naturale* sia indiscussa, ritiene che i giuristi del periodo tardo classico nell'indicare la giustificazione mettano in primo piano il diritto naturale; Santalucia, Bernardo, I "Libri opinionum" di Ulpiano, II, Milano, Giuffrè, 1971, p. 263, anche nt. 47; Wagner, Herbert, *op. cit.*, pp. 126 ss.; Pastori, Franco, *op. cit.*, pp. 120 ss.; Kaser, Max, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 1993, pp. 102 s.

⁷ Non mi sembra convincente, perché in contrasto con le fonti che saranno analizzate nelle pagine successive, quanto sostenuto da Maroi, Fulvio, "La proprietà degli alberi", *cit.*, pp. 349 ss., in relazione all'albero e al fondo sul quale questo veniva piantato. Egli infatti riteneva che l'albero, per accessione, una volta che si fosse radicato al suolo, sarebbe appartenuto al proprietario di quest'ultimo, ma che tale previsione, se da un lato sarebbe stata corrispondente "alle nostre moderne concezioni giuridiche informate al principio romano ... è ben lungi dal costituire un principio di carattere generale o di ragione naturale". Neppure la tesi proposta da Schmidlin, Bruno, *op. cit.*, pp. 88 ss., anche nt. 13, mi sembra suffragata dalle fonti. Egli ritiene che il principio *superficies solo cedit* fosse noto da sempre, ma spiegato con il ricorso alla *natura* e allo *ius naturale* solo dai giuristi tardo-classici. Proprio il frequente richiamo da parte dei giuristi alla naturalezza avrebbe a suo avviso messo in dubbio il fatto che l'inseparabilità di superficie e suolo fosse sentita come indiscussa. Piuttosto il frequente ricorso allo *ius naturale*, secondo Schmidlin potrebbe spiegarsi con la necessità di fornire alla *regula iuris* un fondamento di validità normativo, individuato dai giuristi appunto nello *ius na-*

tentare di comprendere le ragioni sulle quali si fonda questa regola, richiamata non isolatamente⁸ dai giuristi.

I risultati di questa analisi, poi, saranno utili per riflettere sulla scelta di alcuni Codici civili⁹ latinoamericani di prima generazione¹⁰ che, tra le ipotesi di accessione, hanno inserito le fattispecie di costruzione, piantagione e semina, con materiali altrui su un fondo proprio o con materiali propri su un fondo altrui, senza riconoscere — e in alcuni casi proibendo esplicitamente — la proprietà per piani orizzontali e il diritto di superficie.¹¹ Per queste scelte sarà interessante soffermarsi su tre importanti codificatori latinoamericani: Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas e Dalmacio Vélez Sársfield.

II. *SUPERFICIES SOLO CEDIT* NEL DIRITTO ROMANO

1. Superficies solo cedit e ius naturale in *Gaio*

A. *Gai. 2, 73*

Gaio,¹² nel libro II delle *Institutiones*, dopo aver detto che alcune cose possono essere alienate *naturali iure*, come con la *traditio*, e altre *civili iure*, come con la

turale. Anche Nörr, Dieter, “Spruchregel und Generalisierung”, *ZSS*, 89, 1972, p. 62, sebbene valuti anche altre possibili spiegazioni, ritiene non si possa escludere che il collegamento allo *ius naturale* abbia la propria origine in un periodo tardo.

⁸ Oltre a *Gai. 2, 73*; *Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2*; *Paul. 74 ad ed. D. 44, 7, 44, 1 e Ulp. 6 opin. D. 9, 2, 50*, di cui mi occuperò nelle prossime pagine, si possono, ad esempio, ancora citare: *Gai. 2 rer. cott. D. 41, 1, 7, 10*; *Paul. 15 quaest. D. 46, 3, 98, 8*; *Ulp. 69 ad ed. D. 43, 17, 3, 7*; *I. 2, 1, 29*.

⁹ In generale, Riccobono, Salvatore, “La violazione del principio”, *cit.*, pp. 508 ss., ritiene che il principio in esame non abbia più nel diritto moderno “quel carattere assoluto ed infrangibile che aveva nel diritto quiritario”, anche in considerazione del fatto che già nella compilazione giustinianea avrebbe perso il valore assoluto che lo caratterizzava nel periodo classico. I giuristi classici, invece, avrebbero sentito il principio come “inalterabile, perché si fonda sulla *naturalis ratio*” (p. 526).

¹⁰ *Cfr. infra*, § III.

¹¹ Come rilevato anche da Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 50 e nt. 41, negli ordinamenti di derivazione romanistica, che accolgono la regola dell’accessione, ci si è trovati di fronte alla scelta di seguire la logica rigida che si oppone al riconoscimento della superficie come diritto reale o di superarla per andare incontro alle esigenze della pratica.

¹² La riconducibilità di questo testo a Gaio, per quanto negata con argomenti diversi dalla dottrina (Wolff, Hans Julius, “Zur Geschichte des *Gaiustextes*”, *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, Jovene, 1953, pp. 184 ss.; Fuhrmann,

mancipatio, l'*in iure cessio* e l'*usucapio*, che appartengono allo *ius proprium civium Romanorum* (Gai. 2, 65), occupandosi dei modi di acquisto della proprietà *naturali iure*, scrive: “Gai. 2, 73 *Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*”.

Gaio afferma che quanto viene da un altro edificato sopra il nostro¹³ suolo, sebbene quest'ultimo lo costruisca a suo nome, diviene nostro per *ius naturale*, perché la superficie diventa parte del suolo (*quia superficies solo cedit*).

L'affermazione *superficies solo cedit* è preceduta dal *quia* ed è evidentemente impiegata dal giurista per giustificare¹⁴ che quanto è da altri costruito sopra il nostro suolo divenga, per *ius naturale*, nostro.¹⁵ Si tratta di un impiego argomentativo interessante, perché Gaio, intento a collocare l'*inaedificatio* tra i casi in cui *naturali nobis ratione adquiruntur*,¹⁶ per giustificare l'acquisto *iure naturali* della costruzione da parte del proprietario del suolo, scrive “perché la superficie diventa parte del suolo”, segnalando così la concreta naturalezza¹⁷ insita nell'appartenenza al suolo di tutto quanto è costruito sopra di esso, come se l'affermazione *superficies solo cedit* fosse essa stessa “espressione

Manfred, “Zur Entstehung des Veroneser Gaius-Textes”, *ZSS*, 73, 1956, p. 352; *contra* entrambe le tesi: Flume, Werner, “Die Bewertung der Institutionen des Gaius”, *ZSS* 79, 1962, pp. 15 ss., 18), è a mio avviso da riconoscere.

¹³ Musumeci, Francesco, *op. cit.*, p. 125, in considerazione del fatto che Gaio nel manuale avesse probabilmente richiamato solo il caso della costruzione sul suolo altrui, ipotizza che questa ipotesi nel II sec. d. C. fosse più rilevante di quella relativa alla *inaedificatio* con materiali altrui sul fondo proprio.

¹⁴ Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, p. 139, ritiene che in questo testo, così come in Ulp. 69 *ad ed. D.43,17,3,7*, “ist die Regel nicht selbst Gegenstand der Erläuterung und Begründung. Sie wird vielmehr nur herangezogen, um anderen, vorweg entwickelten Rechtsfolgen dadurch Überzeugungskraft zu verleihen, daß sie als Konsequenz des Satzes *superficies solo cedit* erscheinen”.

¹⁵ Secondo Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 138, la frase *iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit* avrebbe da un lato indicato, attraverso il richiamo alla naturalità del precetto, la sua giustificazione e dall'altro avrebbe mostrato la sua attualità.

¹⁶ Gai. 2, 66 *Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur...*

¹⁷ Didier, Philippe, “Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II^e et III^e siècles”, *SDHI*, 47, 1981, pp. 203 ss., ritiene che Gaio abbia utilizzato *ius naturale* per indicare delle soluzioni giuridiche “spontanées dégagées par le simple bon sens (la *naturalis ratio*) face aux nécessités les plus basement matérielles de la vie (la *natura rerum*): ce n'est pas, tant s'en faut, un ordre juridique transcendant”. Inoltre — citando anche il testo in esame — osserva che *ius naturale* in Gaio ricorra a proposito degli aspetti più concreti del diritto; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 121, nt. 30, precisa che *ius naturale* si riferisce in senso empirico “al fondamento razionale del principio della accessorietà”. Diversamente, per Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 255 ss., lo *ius naturale* di cui parla Gaio sarebbe un diritto che segue e si adatta alla natura; nello stesso senso Maddalena, Paolo, *op. cit.*, p. 179, nt. 43.

di una intuitiva realtà”.¹⁸ Gaio, tra l’altro, non sente la necessità di soffermarsi sul contenuto di tale affermazione, la cui conoscenza sembra invece dare per scontata; ciò lascia pensare che essa non fosse controversa,¹⁹ ma piuttosto avvertita come una regola.²⁰

Il modo di procedere del giurista in questa parte delle *Institutiones* mostra come egli non collocasse le varie ipotesi di cui si stava occupando dal § 70 sotto una categoria generale e unitaria di accessione²¹ e che dunque non fosse guidato da un intento di unificazione delle diverse ipotesi sotto tale categoria,²² quanto dalla *naturalis ratio*, che caratterizza i modi di acquisto della proprietà di cui si sta occupando.

Ci si può d’altra parte chiedere se tale caratteristica abbia condotto Gaio a considerare o meno la disciplina dell’*inaedificatio* e la regola *superficies solo cedit* come esistenti presso tutti i popoli. Ritengo, però, che la qualifica *iure*

¹⁸ Così Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 137. In modo simile, Biondi, Biondo, *La categoria romana delle servitutes*, Milano, Società editrice “Vita e pensiero”, 1934, p. 450, il quale, a sostegno del carattere intuitivo della regola *superficies solo cedit*, richiama Seneca, *Epistulae Morales ad Lucilium*, 88, 28. *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.* Seneca, infatti, avrebbe fatto ricorso a questa regola per sostenere la connessione tra matematica e filosofia, tra le quali sarebbe intercorsa la medesima “inseparabilità che nel campo del diritto c’è tra suolo e superficie”; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 160, che pure richiama il testo di Seneca. Non ritengo invece condivisibile l’interpretazione, proposta da Coviello, Nicola, “Della superficie”, *Archivio giuridico*, 49, 1892, pp. 40 ss., del termine *superficies*, utilizzato da Seneca, con il diritto di superficie.

¹⁹ Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, p. 139.

²⁰ Mi sembra priva di fondamento l’ipotesi, considerata da Wenger, Leopold, “Superficies solo cedit”, *Philologus*, 88, 1933, pp. 257 ss., di ricondurre il principio in esame ad una *lex*.

²¹ La dottrina moderna, invece, come ha rilevato Volterra, Edoardo, *op. cit.*, p. 318, anche nt. 2, ricomprende sotto il termine accessione “i vari casi, in cui il proprietario di una cosa acquista *ipso iure*, per tale sua qualità, la proprietà di un’altra cosa, che è *res nullius* o di proprietà di altri, la quale si aggiunge o si unisce o s’incorpora alla prima”. In dottrina è stato inoltre segnalato, da un lato, che i termini *accessio* e *accedere* avrebbero avuto per i Romani un significato più ampio del nostro termine “accessione” (si veda, Sanfilippo, Cesare, *op. cit.*, pp. 129 ss.; Maddalena, Paolo, *op. cit.*, pp. 169 ss.) e dall’altro che nelle fonti non è possibile rinvenire la figura generale dell’accessione (così, tra gli altri, Bonfante, Pietro, *op. cit.*, pp. 92 ss; Voci, Pasquale, *op. cit.*, p. 253; Kaser, Max, *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2a. ed., München, C. H. Beck’s Verlagsbuchhandlung, 1971, p. 428).

²² Come ha osservato Branca, Giuseppe, “s. v. accessione”, *cit.*, 264, solo la giurisprudenza postromana giunse ad una elaborazione unitaria di un generale modo di acquisto per accessione. Branca precisa anche che sebbene Gaio in questa parte delle *Istitutiones* trattò di seguito dell’*aduvio*, dell’*insula in flumine nata*, dell’*inaedificatio*, dell’*implantatio*, della *satio*, della *scriptura* e della *pictura*, e che sia dunque sulla “strada dell’unificazione”, questa in realtà “è ottenuta più che altro alla luce della *naturalis ratio* (per Gaio l’acquisto in tali casi avviene *naturalis ratione*) mentre fra gli incrementi fluviali e le altre fattispecie esiste visibilmente una certa frattura, rivelata anche qui dalla terminologia: *adocere* per quelli, *cedere* per queste”.

naturali dei modi di acquisto dei quali Gaio sta trattando non stia a significare che questi effettivamente esistessero presso tutti i popoli,²³ ma che, essendo fondati sulla *naturalis ratio*, sarebbero potuti esistere presso tutti i popoli.²⁴

B. *Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2*

In un testo tratto dal venticinquesimo libro del commento all'editto provinciale, Gaio richiama insieme lo *ius naturale* e lo *ius civile*, per affermare che la proprietà delle *superficiae aedes* è di colui al quale appartiene il suolo. “*Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2 Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum*”.

Gaio, commentando il titolo *de superficibus*²⁵ dell'editto provinciale, spiega²⁶ cosa siano le *superficiae aedes*:²⁷ chiamiamo abitazioni superficiali quelle che sono poste su un suolo che abbiamo in conduzione,²⁸ delle quali

²³ Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 140, esclude che il principio *superficies solo cedit* possa rientrare tra i principii e gli istituti dai Romani ritenuti comuni a tutti i popoli e dunque considerati di *ius gentium*; Kaser, Max, *Ius gentium, cit.*, pp. 102 ss., dopo aver precisato che *superficies solo cedit* non è una regola di *ius gentium*, spiega il richiamo di *Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2* allo *ius civile* con il fatto che la sua applicazione fosse riservata ai cittadini romani; Sitzia, Francesco, “s. v. superficie (dir. rom.)”, *ED*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1461; Zaera García, Ana, “Superficies solo cedit”, *cit.*, pp. 1013 ss. Diversamente, Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 127, nt. 1, mette l'accento sulla presenza della regola in diversi altri ordinamenti.

²⁴ In questo senso, va inteso il rapporto tra la *naturalis ratio* e lo *ius gentium* in *Gai. 1, 1*: “... quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque *ius gentium*, quasi quo iure omnes gentes utuntur”. A questo proposito si consideri anche quanto rilevato da Lombardi, Gabrio, *Sul concetto di “ius gentium”*, Roma, Istituto di diritto romano, 1947, p. 150: “Che una norma o un istituto appartenga o non appartenga al *ius gentium*, e che sia o non sia applicabile ai peregrini, sono due problemi dal punto di vista teorico nettamente distinti. Si possono avere norme di *ius civile* relative ai peregrini; così come si possono avere norme di *ius gentium* che si applichino in rapporti nei quali intervengono soli cittadini”.

²⁵ Lenel, Otto, *Palingsenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, rist. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, col. 232; Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 143, ipotizza che il testo fosse parte di un'introduzione editale volta a richiamare i principii civilistici riconosciuti dall'editto, ma attraverso quest'ultimo allo stesso tempo innovati.

²⁶ Gaio sembra voler dare una definizione di *superficiae aedes*. Così anche Vogt, Heinrich, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg, Simons, 1950, pp. 11, 88 ss.; Martini, Remo, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 245 e nt. 289.

²⁷ Per Solazzi, Siro, “*Usus proprius*”, *SDHI*, 7, 1941, pp. 389 e 391, si trattava di edifici da taluno costruiti sul terreno di proprietà di un altro privato: “di *superficies* si ragionava per gli edifici costruiti col permesso dei proprietari nei terreni privati; ma lo stesso vocabolo non si applicava all'analogo rapporto sugli edifici costruiti nei terreni dello Stato o dei municipii”.

²⁸ La locazione, secondo la dottrina, avrebbe potuto avere ad oggetto il suolo per edificarvi oppure — come in *Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2* — la superficie, cioè le *superficiae aedes* già costruite, *cf.* Coviello, Nicola, *op. cit.*, p. 48; Pastori, Franco, *op. cit.*, pp. 168 ss.

la proprietà per diritto civile e naturale (*proprietas et civili*²⁹ *et naturali iure*³⁰) è di colui del quale è anche il suolo.

Gaio qui richiama, l'uno accanto all'altro, lo *ius civile* e lo *ius naturale* e sembrerebbe voler affermare che in base ad entrambi la proprietà delle *superficiarias aedes* è di colui al quale appartiene il suolo³¹ e non —questo è sottinteso— di colui che ha il diritto di utilizzare e godere delle costruzioni (*superficies*³²) che insistono sul suolo.

È stato, però, anche ipotizzato che le parole *et civili et naturali iure* siano state impiegate da Gaio come un'endiadi, per mezzo della quale si sarebbe voluto dire “per un principio di *ius civile* corrispondente a *natura*” e non “secondo il *ius civile* e secondo il *ius naturale*”.³³ Secondo questa lettura, Gaio, per spiegare e giustificare il regime giuridico applicato alle *superficiarias aedes*, cioè che la loro *proprietas* era del *dominus soli*, avrebbe sottolineato che si trattava della traduzione, fatta propria dallo *ius* della *civitas* (*civili iure*), di quanto avveniva nella realtà³⁴ (*naturali iure*). In sostanza, Gaio avrebbe voluto chiarire che l'attribuzione della *proprietas* delle costruzioni al proprietario del

²⁹ Rispetto ai sospetti avanzati da Frese, Benedict, “Viva vox iuris civilis”, *ZSS*, 43, 1922, p. 472, secondo il quale sarebbe “widersinnig” richiamare sia lo *ius naturale* che lo *ius civile*, e quelli segnalati da Levy, Ernest-Rabel, Ernest, *Index interpolationum*, III, Weimar, Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1935, col. 298, sulle parole “*et civili et*”, che sarebbero da espungere dal testo, alla luce di un confronto con Gai. 2, 73 e Ulp. 6 *opin.* D. 9, 2, 50, ritengo siano dirimenti i rilievi di Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica, cit.*, p. 295; Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 127, nt. 2.

³⁰ Per Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica, cit.*, p. 295; *id.*, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 143, nt. 35, *et civili et naturali iure* sarebbe un'endiadi e Gaio, con il sottolineare che la fonte del principio da lui richiamato è il *ius civile*, avrebbe voluto mettere in evidenza la contrapposizione tra diritto civile e diritto provinciale.

³¹ Rainer, J. Michael, “Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht”, *ZSS*, 106, 1989, 329, sottolinea che nel testo è contenuta la contrapposizione classica tra *superficies* e *solum*.

³² Qui il termine *superficies* sta ad indicare la costruzione, si veda Heumann, Hermann-Seckel, Emil, “s. v. superficies”, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11a. ed., Graz, Akademische Druck-u. Verlagsanstalt, 1971, p. 570; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica, cit.*, p. 285; Biondo, Biondi, *op. cit.*, pp. 460 ss.; Vogt, Heinrich, *op. cit.*, pp. 3 ss., sostiene un impiego del termine *superficies* solo in senso materialistico anche da parte dei giuristi classici (diversamente, Sitzia, Francesco, “s. v. superficie (dir. rom.)”, *ED*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 1459 ss., presupposto come originario il significato materialistico di *superficies*, ritiene che già nel periodo classico i giuristi impiegassero il termine per indicare il diritto sulla costruzione sita sul fondo di un altro); Voci, Pasquale, *op. cit.*, p. 256; Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, p. 137; Rainer, J. Michael, *op. cit.*, pp. 327 s.; Griese, Lennart, *op. cit.*, p. 185.

³³ Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica, cit.*, p. 295.

³⁴ *Id.*, *id.*, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 140, sottolineando anche che si tratta di un principio di *ius naturale* e non di *ius gentium*; Burdese, Alberto, “Il concetto di *ius naturale* nel pensiero della giurisprudenza classica”, *RISG*, 7, 1954, p. 415, ritiene che Gaio consideri il

suolo era dovuta ad un principio giuridico dello *ius civile* corrispondente alla natura, come risulterebbe confermato anche da Paul. 74 *ad ed.* D. 44, 7, 44, 1,³⁵ che analizzerò in seguito.

L'accostamento nel testo gaiano dello *ius civile* accanto allo *ius naturale* ha fatto riflettere anche sull'applicabilità agli stranieri della disciplina dell'*inaedificatio* e dunque della regola *superficies solo cedit*. Infatti, Wagner,³⁶ in considerazione del fondamento “civile” dei rapporti proprietari, ha ritenuto che Gaio avesse sentito il bisogno di dire *civili iure* in quanto la regola sarebbe stata efficace per i cittadini di ciascun ordinamento che la prevedesse e *naturali iure* perché essa era presente in diversi altri ordinamenti. Kaser ha spiegato il richiamo allo *ius civile*, con il fatto che la regola *superficies solo cedit* non sarebbe stata di *ius gentium*, ma riservata ai cittadini romani e quello allo *ius naturale* con la circostanza che essa avrebbe avuto le proprie radici nel processo naturale.³⁷ Entrambe le spiegazioni, a mio avviso, presentano delle criticità. Da un lato, infatti, si può rilevare che il fondamento civilistico dei rapporti proprietari vale per ogni modo di acquisto e che Gaio, nel manuale istituzionale, non ha aggiunto il richiamo allo *ius civile* né per l'ipotesi dell'*inaedificatio* nè per gli altri casi in cui *naturali nobis ratione adquiruntur*; dall'altro la spiegazione che vuole limitare l'applicazione della *regula superficies solo cedit* ai cittadini romani, si scontra con il fatto che nelle *Res cottidianae* l'istituto dell'*inaedificatio* (D. 41, 1, 7, 10-12) è dal giurista collocato tra le ipotesi in cui *rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur* (D. 41, 1, 1 pr.), e in quanto tali aperte anche ai peregrini. Direi quindi che si possa escludere che disciplina dell'*inaedificatio* e la regola *superficies solo cedit* fossero riservate ai cittadini romani.

principio *superficies solo cedit* di *ius naturale* “sul fondamento di una realtà di fatto”; Zaera García, Ana, “Superficies solo cedit”, *cit.*, p. 1012.

³⁵ In questo senso, su Paul. 74 *ad ed.* D. 44, 7, 44, 1, anche Maschi, Carlo Alberto, La concezione naturalistica, *cit.*, p. 297.

³⁶ Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 126 ss., anche 127, nt. 1, ritiene che Gaio con le parole “*naturali iure*” intendesse esprimere la presenza della regola in diversi altri ordinamenti giuridici e avesse aggiunto “*civili iure*” “weil sie nur für die Bürger des jeweiligen Staats wirksam werden kann, das begründete Eigentumsrechtsverhältnis immer ein ziviles ist”.

³⁷ Kaser, Max, *Ius gentium, cit.*, p. 103, per il quale, in questo testo, anche in assenza dell'espressione *naturalis ratio*, lo *ius naturale* sta ad indicare che “die Wurzel der Regel primär aus dem Naturvorgang her” e aggiunge che *superficies solo cedit* non è una regola di *ius gentium*, perché i Romani erano consapevoli che altri popoli, e in particolare quelli di area ellenistica, conoscevano la *Stockwerkseigentum*, alla quale si sarebbe contrapposta la regola in esame. Seguendo questa spiegazione, osserva il Maestro tedesco, entrambi i richiami sarebbero tra loro compatibili, come nella *legitima simul naturalis societas* di Gai. 3,154 a.

Per tentare di chiarire il motivo che possa aver condotto Gaio ad affermare “*quarum proprietates et civili et naturali iure eius est, cuius et solum*” si deve a mio parere tener conto della collocazione del testo nel quale tale precisazione è contenuta, cioè il commento all’editto provinciale.

Difficile dire con certezza se Gaio stesse commentando l’editto di una specifica provincia o un testo edittale applicato in modo uniforme in più province. La seconda ipotesi, in considerazione del periodo in cui scrive Gaio, mi sembra più probabile.³⁸ In ogni caso, nel testo edittale che Gaio commentava era evidentemente incluso un titolo dedicato ai rimedi pretori concernenti la tutela del godimento delle *superficies*³⁹ e questo avrebbe offerto l’occasione al giurista per soffermarsi, forse all’inizio⁴⁰ del commento di questo titolo edittale, sul significato di *superficiariae aedes*.

Proprio in ragione di questo contesto,⁴¹ il richiamo di Gaio allo *ius civile* accanto allo *ius naturale* è stato letto in chiave di valorizzazione della contrapposizione tra diritto civile e diritto provinciale, che avrebbe anche permesso di ipotizzare una diversa disciplina della materia in un altro ordinamento.⁴² A ciò si può aggiungere che quel richiamo avrebbe, allo stesso tempo, permesso al giurista di dare risalto alla diversa fonte —l’editto del pretore—, che, tramite le previsioni che si accingeva a commentare,

³⁸ Guarino, Antonio, “Gaio e l’edictum provinciale”, *Iura*, 20, 1969, pp. 154 ss. (=da cui si cita, *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, Jovene, 1994, p. 294), a ragione ritiene che l’editto provinciale, per quanto contenesse delle parti coincidenti con gli editti cittadini, “non era il testo dell’*edictum urbicum*” (p. 293).

³⁹ Ciò, come osserva Wagner, Herbert, *op. cit.*, p. 128, nt. 1, non deve stupire: “Daß sich der *superficies*-Satz im Kommentar zum Provinzialedikt findet, ist insofern berechtigt, als es in der Provinzen italienischen Boden gab”. Martini, Remo, *Ricerche in tema di edicto provinciale*, Milano, Giuffrè 1969, p. 115, nt. 30 bis, in considerazione della ricorrenza nel commento gaiano all’editto provinciale di diversi istituti non applicabili nelle province (p. 111 ss.) —tra i quali Martini non richiama però D. 43, 18, 2 su *superficies solo cedit*—, considera la possibilità che il giurista avesse composto il commentario in una provincia nella quale vi fossero diverse comunità di *ius italicum*.

Tuttavia, la circostanza che Gaio nel commento *ad edictum provinciale* impiegasse a volte il termine *praetor* a volte il termine *proconsul* conduce Martini a scartare questa ipotesi (pp. 115 ss.), e a ritenere che il commentario *ad edictum provinciale* fosse stato scritto a Roma come commento *ad edictum praetoris*, dunque con lo sguardo puntato “sui rapporti propri di Roma e del mondo italico” e solo in un secondo momento adattato al contesto provinciale. *Contra*, Guarino, Antonio, *op. cit.*, pp. 281 ss.

⁴⁰ Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 143, per il quale il commento riportato in D. 43, 18, 1, 2 sarebbe stato inserito “in una introduzione edittale allo scopo di richiamare i principii civilistici che l’Editto riconosceva ma ai quali, anche profondamente, innovava”.

⁴¹ Lenel, Otto, *Palíngenesia iuris civilis*, I, *cit.*, col. 232.

⁴² Così, Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, 143.

innovava⁴³ in modo significativo sulle conseguenze della regola *superficies solo cedit*.

A differenza che nel paragrafo tratto dalle *Institutiones*, qui Gaio non solo non mette l'accento sulla distinzione tra modi di acquisto *iure civili* o *iure naturali*, ma neppure richiama esplicitamente la regola *superficies solo cedit*, la quale però a ben guardare è “parafrasata” con le parole *et civili et naturali iure*. Con esse, infatti, a mio avviso, Gaio voleva dire che la *proprietas* delle *superficiariae aedes* era del *dominus* del suolo in base alla *regula superficies solo cedit*, propria dello *ius civile*⁴⁴ (verosimilmente presupposta anche nelle disposizioni decemvirali sul *tignum iunctum*⁴⁵) e corrispondente alla realtà di fatto e dunque comprensibile secondo la *naturalis ratio*, altrimenti il giurista stesso in Gai. 2, 73 non avrebbe usato il *quia* per legarla allo *ius naturale*.

Riconoscere la conformità della regola civilistica *superficies solo cedit* alla *naturalis ratio* non implica alcuna contraddizione.⁴⁶ In sostanza, Gaio affermando che la *proprietas* delle *aedes superficiariae* è *et civili et naturali iure* di colui al quale appartiene il suolo, ha implicitamente individuato il fondamento della sua affermazione nella regola *superficies solo cedit*, propria dello *ius civile* e corrispondente alla realtà di fatto.⁴⁷

Il richiamo allo *ius naturale* in Gai. 2, 73, così come in Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43, 18, 2, “racchiude ... tutta la forza del principio, sentito dai Romani come una necessità fisica”.⁴⁸ La prospettiva dalla quale il giurista sta osservando il rapporto tra superficie e suolo non è dunque quella “giuridica e teorica” della

⁴³ Si veda, *infra*, § II.5.

⁴⁴ Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 449, premesso che la concezione civilistica della superficie sarebbe stata dominata dal principio *superficies solo cedit*, precisa che tale concezione non era riconducibile ad una qualche legge, ma “dedotta dai *iuris periti* da quella realtà delle cose o natura, su cui si fonda il sistema civilistico racchiuso nella *interpretatio prudentium*”. *Cfr.* anche Pastori, Franco, *op. cit.*, pp. 159 ss., per il quale la fonte della regola sarebbe da individuare nelle antiche consuetudini volte a regolare la proprietà immobiliare romana e sarebbe stata conforme all'antica struttura del *dominium*, “la cui forza attrattiva esclude limitazioni spaziali e temporali”.

⁴⁵ *Tab.* 6, 8 e *tab.* 6, 9. Sulle quali vd. anche *infra*, § II.4.

⁴⁶ Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 255 ss., pur chiarendo che anche principi dello *ius civile*, quale appunto *superficies solo cedit*, ben possono essere indicati come di *ius naturale* o fondati sulla *naturalis ratio* nel momento in cui vengono avvertiti come aderenti alla realtà, a proposito del richiamo di Gai. 25 *ad ed. prov.* D. 43, 18, 2 allo *ius civile* e allo *ius naturale*, ritiene che Gaio non avesse impiegato *ius naturale* come un'entità separata dallo *ius civile*, “perché *naturale*, in questo caso, è chiamato precisamente il *ius civile*”.

⁴⁷ Burdese, Alberto, *op. cit.*, p. 415, osserva che “sempre sul fondamento di una realtà di fatto”, Gaio (Gai. 2, 73 e D. 43, 18, 2), Paolo (D. 44, 7, 44, 1) e Ulpiano (D. 9, 2, 50) ritengono di *ius naturale* il principio *superficies solo cedit* e dunque l'acquisto della proprietà dell'edificio da parte del *dominus soli*; Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, pp. 138 ss.

⁴⁸ In questi termini, Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, p. 294.

proprietà, quanto quella concreta della realtà delle cose,⁴⁹ che però gli permette di annoverare l'*inaedificatio* tra i casi in cui *naturali nobis ratione adquiruntur*.

2. Paolo: l'impossibilità di trasferire il suolo senza la superficie, quae natura solo cohaeret

In un contesto diverso dai modi di acquisto della proprietà e dall'editto de *superficiebus*, Paolo richiama, nel fare una similitudine ad *impossibilia*,⁵⁰ lo stretto rapporto esistente tra la regola del *cedere* della superficie al suolo e la natura.

Paul. 74 ad ed. D. 44, 7, 44, 1 *Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. ex die veluti "kalendis Martiis dare spondes?" cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. ad diem autem "usque ad kalendas dare spondes?" placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoventi poterit. sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.*

Paolo, occupandosi delle obbligazioni a termine,⁵¹ si sofferma sul termine sospensivo o iniziale (*ex die*) e su quello risolutivo o finale (*ad diem*),⁵² proponendo degli esempi. Il giurista, poi, dopo aver precisato che *ad tem-*

⁴⁹ Voci, Pasquale, *op. cit.*, pp. 256 ss., 266 s., sulla base della disposizione decemvirale sul *tignum iunctum* (tab. 6, 8), rileva come il principio dell'accessione non fosse originario, ma creato dalla giurisprudenza. A sostegno di questa tesi cita, tra gli altri, l'argomento che *iure naturali superficies solo cedit*: "l'autorità del *ius naturale* sola poté limitare entro i noti confini l'autorità delle XII tavole, che avrebbe portato al diniego di ogni acquisto di proprietà".

⁵⁰ Già la glossa a "*sic et in tradendo*", aveva evidenziato che si trattasse di una similitudine tra ipotesi impossibili.

⁵¹ Rotondi, Giovanni, "Natura contractus", *BIDR*, 24, 1911, p. 54; Grosso, Giuseppe, "Prospettive in materia di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo", *BIDR*, 64, 1961, p. 105 (=da cui si cita, *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 702); Brutti, Massimo, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 671 ss.

⁵² Grosso, Giuseppe, "Prospettive in materia di termine", *cit.*, pp. 702 ss., si chiede quale sia il valore della contrapposizione *ex die incipere-in diem conferrì* e rileva che se da un lato nella versione del testo tramandataci "il secondo termine parrebbe corrispondere al posteriore *ad diem*", dall'altro, i Romani (come si ricava da altre fonti) utilizzavano l'espressione *conferrì in diem* per il termine sospensivo. Alla luce di ciò, ipotizza che Paolo abbia solo accennato, in aggiunta, al *dies ad quem* "per dire che nell'obbligazione era inammissibile (come faceva per la condizione) e che la *duplex inspectio* si riferisse per entrambe le alternative ad un termine sospensivo". Diversamente, Talamanca, Mario, "Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani", in Kupiszewski, Henryk et Wolodkiewicz, Witold (edd.), *Le droit romain et sa reception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Ad-*

pus obligationem constitui non posse,⁵³ non diversamente che il legato, stando alla versione testuale tramandataci, sarebbe passato ad un piano diverso —quello dello *ius honorarium*— e avrebbe ammesso che *post tempus* all'*actio ex stipulatu* si sarebbe potuta opporre l'*exceptio pacti conventi* o l'*exceptio doli mali*.⁵⁴ A ciò Paolo avrebbe aggiunto, sebbene il modo di procedere e il lessico lascino pensare ad un intervento successivo sul testo⁵⁵, che sarebbe stato così anche (*sic et*) in caso di *traditio* (*rectius mancipatio*⁵⁶); infatti, se qualcuno avesse detto di trasferire (*rectius mancipare*⁵⁷) solo il suolo, senza la superficie,⁵⁸ nien-

ministration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia internazionale dei Lincei (8-10 ottobre 1973), Varsovie, Université de Varsovie, 1978, p. 241.

⁵³ Non entro in questa sede nel problema della nullità dell'intero negozio o delle sole clausole accidentali apposte in violazione del divieto. Direi, però, che con Grosso, Giuseppe, "Servitù ad tempus e concezione economica liberistica della proprietà", *Iura*, 20, 1969, p. 149 (=da cui si cita, *Scritti giuridici*, II, *Diritto privato, cose e diritti reali*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 714), alla luce di questo testo, possa ritenersi che Paolo fosse uno dei giuristi propensi a ritenere "che il termine o la condizione inapponibili si avessero per non apposti".

⁵⁴ Cfr. Brutti, Massimo, *op. cit.*, p. 672; diversamente, Grosso, Giuseppe, "L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia", *Studi Urbinati*, II, 1-2, 1928, p. 6 (=da cui si cita, *Scritti Storico giuridici*, III, *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 46 ss.), ritiene che la menzione di entrambi i rimedi sia da attribuire ad un glossatore o ai giustinianeî, tanto che per l'altro caso presentato alla fine del paragrafo (quello relativo alla *mancipatio* del suolo senza la superficie) non si sarebbe accordato alcun rimedio pretorio. Sul concorso elettivo, risultante dal testo, tra *exceptio pacti* ed *exceptio doli*, si veda anche Frezza, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, *Le garanzie personali*, Padova, Cedam, 1962, pp. 112 ss., secondo il quale sarebbe da attribuire ai bizantini, mentre originariamente la scelta tra i due rimedi sarebbe stata condizionata dal carattere sussidiario dell'*exceptio doli*.

⁵⁵ Anche per questo direi che, come notava Grosso, Giuseppe, "Prospettive in materia di termine", *cit.*, 702, si tratta di un testo tormentato dalla critica.

⁵⁶ Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, I, *cit.*, col. 1091, nt. 3, ritiene che Paolo avesse scritto "*sic et in mancipio*"; Mitteis, Ludwig, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, *Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1908, p. 192, nt. 8; Beseler, Gerhard, "Einzelne Stellen (Miscellen)", *ZSS*, 45, 1925, p. 451, corregge con "*in mancipatione*"; si veda anche Levy, Ernest-Rabel, Ernest, *Index interpolationum*, III, *cit.*, col. 367; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, p. 296, segue i rilievi del Lenel. Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 450; Frezza, Paolo, *op. cit.*, p. 113; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 160, sostituiscono "*in tradendo*" con "*in mancipando*".

⁵⁷ Così, Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, I, *cit.*, col. 1091, nt. 4; Beseler, Gerhard, "Einzelne Stellen (Miscellen)", *cit.*, p. 451, che corregge con "*mancipio accipere*"; per la presenza di *mancipare* nel testo originale, anche Levy, Ernest-Rabel, Ernest, *Index interpolationum*, III, *cit.*, col. 367; Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, p. 296; Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 36 nt. 103; Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 450; Frezza, Paolo, *op. cit.*, p. 113; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁸ D'accordo con Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 37, nt. 104, ritengo che qui il termine *superficies* sia impiegato dal giurista in senso materiale, per indicare tutto quello che è costruito sul suolo e non il diritto di superficie.

te⁵⁹ avrebbe fatto sì che non passasse anche la superficie, la quale per natura è unita al suolo. A ciò la dottrina⁶⁰ aggiunge —perché il giurista non lo chiarisce esplicitamente— che anche in quest’ultimo caso avrebbe potuto trovare applicazione l’*exceptio pacti conventi* o l’*exceptio doli mali*.⁶¹

La frase *sic... cohaeret*, nella versione attuale, potrebbe sembrare contenutisticamente scollegata da quanto la precede.⁶² Per questo, Kniep⁶³ e Mitteis⁶⁴ hanno ipotizzato che Paolo stesse discutendo anche per l’ultimo caso l’apposizione di un termine finale. L’ipotesi mi sembra da scartare, non solo perché la ricostruzione proposta da Mitteis si scontrerebbe con la nullità della *mancipatio ad tempus*,⁶⁵ ma anche perché resterebbe da spiegare il motivo per il quale i compilatori giustinianeî avrebbero cancellato la parte relativa all’apposizione del termine e mantenuto il riferimento al trasferimento del suolo senza la superficie, chiarendo che quest’ultima sarebbe stata comunque trasferita, dal momento che per natura è unita al suolo. Mi sembra, dunque, più probabile che l’intervento dei compilatori sia stato in questo punto minimo (sostituzione della *traditio* alla *mancipatio*) e che Paolo avesse richiamato l’ipotesi della *mancipatio* con la *deductio* della superficie, che avrebbe però comunque comportato il trasferimento di quest’ultima insieme al suolo, per rafforzare e far comprendere meglio quanto aveva detto subito prima per l’obbligazione *ad tempus*, cioè che il termine finale

⁵⁹ Neppure l’autonomia privata ed ancora nel diritto giustiniano: vd. Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, cit., pp. 36 ss. Occupandosi di questo testo Ioan. Garsia Galleci, *Tractatus de expensis et meliorationibus, Cui De Nouo Accesserunt Ioannis Garsia a Saabedra Tractatus Quatuor*, Lugduni, 1671, cap. XIV, n. 25, p.317, aveva osservato “natura ipsa superficies cohaeret solo, neque fieri potest ulla arte, ullove ingenio, aut juris invento, quin tradito solo non videatur superficies quoque tradita”.

⁶⁰ Riccobono, Salvatore, “Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (Fr. 4 D. VIII,I)”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 3, 1922, p. 347; Talamanca, Mario, *op. cit.*, p. 241. Diversamente, come si è visto *supra* nt. 54, Grosso, Giuseppe, “L’efficacia dei patti”, *cit.*, pp. 46 ss., anche nt. 2 a p. 47.

⁶¹ Lascerrebbe pensare così anche un confronto con Pap. 7 *quaest.*, D. 8, 1, 4 pr.

⁶² Per Riccobono, Salvatore, “Dies e condicio”, *cit.*, p. 347, invece, nonostante il brusco passaggio dall’esempio della *stipulatio* a quello contenuto nell’ultima parte del testo, l’avverbio “*sic*” non lascerrebbe “dubbio sul contenuto generale della dottrina”.

⁶³ Kniep, Ferdinand, *Vacua Possessio*, I, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1886, p. 240.

⁶⁴ Mitteis, Ludwig, *op. cit.*, p. 192, nt. 8: “Der formale Manzipationsakt dagegen ruht in sich selbst. Wahrscheinlich war denn auch die Giltigkeit manzipativer Eigentumsübertragung auf Zeit und die hierbei stattfindende Ignorierung des Endtermins wirklich ausgesprochen bei Paul. D. 44, 7, 44, 1: was daselbst über *Superficies* gesagt ist, ist interpoliert, weil die Streichung des Endtermins, die das Original gehabt haben wird, eben nur bei der Manzipation passte, während der Termin die (in die Stelle eininterpolierte) Tradition vernichtet”.

⁶⁵ Così anche Riccobono, Salvatore, “Dies e condicio”, *cit.*, p. 347, nt. 1.

non avrebbe prodotto alcun effetto e che dunque si dovesse considerare come non apposto.⁶⁶

Nel testo di Paolo l'impossibilità di trasferire mediante *mancipatio* il suolo senza la *superficies* trova la propria giustificazione nella *natura* (non nello *ius naturale* o nella *naturalis ratio*⁶⁷): *superficies... quae natura solo cohaeret*. La superficie per natura è unita al suolo⁶⁸ e ciò è “giuridicamente tradotto” nella regola *superficies solo cedit*.

Sembrirebbe dunque che nella percezione dei giuristi romani la regola *superficies solo cedit* non fosse altro che la traduzione in termini giuridici di quanto naturalmente avveniva nella realtà fisica.⁶⁹ Anche in considerazione dell'enfasi posta dal giurista sulla fisicità e naturalità del rapporto esistente tra superficie e suolo —che non può ritenersi bizantina (visto che è assente nei Basilici⁷⁰)— non sarei così sicura che Paolo, per l'ipotesi della *mancipatio* del suolo con *deductio* della superficie, avesse ammesso il ricorso all'*exceptio pacti* o

⁶⁶ Cfr. Grosso, Giuseppe, “Servitù ad tempus”, *cit.*, p. 714.

⁶⁷ Per Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, p. 297, non ci sarebbe stata alcuna differenza tra il *natura* impiegato da Paolo e lo *ius naturale* che abbiamo visto ricorrere nei testi di Gaio e vedremo ricorrere in un frammento di Ulpiano (D. 9, 2, 50).

⁶⁸ Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 296 ss., analizzando il testo di Paolo, mette a ragione l'accento sul criterio fisico nonché sulla sua influenza sul diritto e osserva: “La inerenza giuridica della superficie al suolo è anzitutto inerenza fisica; e il principio *s.c.c.* non fa altro che rispecchiare tale inerenza naturale”; Zaera García, Ana, “Superficies solo cedit”, *cit.*, p. 1011, a proposito del legame della regola *superficies solo cedit* con la natura, evidente anche in questo testo di Paolo, sottolinea il richiamo della regola anche in un contesto diverso da quello prettamente giuridico: Seneca, *Ep.* 88, 28. Sul testo di Seneca si veda anche *supra*, nt. 18.

⁶⁹ Schmidlin, Bruno, *op. cit.*, p. 88, nota giustamente che Paolo non ricorra a considerazione teoretiche, ma si soffermi piuttosto sull'aderenza naturale della superficie al suolo: “Ohne sich auf lange theoretische Erwägungen einzulassen, verweist Paulus darauf, daß die Oberfläche naturgemäß am Grund haftet und daher eine rechtliche Sonderbehandlung der superficies nicht zulässig ist”; in modo simile Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, p. 144, mettendo l'accento sul verbo *cohaeret*; Kaser, Max, *Ius gentium*, *cit.*, p. 102, nt. 415, per il quale “Das *natura solo cohaerere* meint eine körperliche Verbundenheit, die ein getrenntes sachenrechtliches Schicksal ausschließt”. La conseguenza giuridica del criterio fisico del *cohaerere* della *superficies* al suolo sarebbe stata l'impossibilità giuridica della *mancipatio* della *superficies* senza il suolo, *cf.* Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 296 ss.

⁷⁰ Bas. 52, 1, 42. Nei Basilici, però, per il testo in esame non c'è neppure traccia dell'ultima parte dello stesso. Su ciò, *cf.* Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 297 ss.; Branca, Giuseppe, “Considerazioni”, *cit.*, pp. 194 ss., che trae da questa assenza —insieme a quelle che si riscontrano in altri passi dei Basilici corrispondenti a quelli del Digesto che contenevano il principio— la conclusione che “il dogma dei classici non era più rispettato o sentito” nelle fonti bizantine; Sitzia, Francesca, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 68, nt. 169, che invece considera la cancellazione dei riferimenti al *ius naturale* un elemento utile a provare che non potesse ritenersi un richiamo introdotto dai bizantini.

all'*exceptio doli*, che non a caso in questa parte del testo non sono menzionate.⁷¹ Ritengo, infatti, che il termine *superficies* sia stato qui impiegato nel suo significato prettamente materiale,⁷² per indicare quanto insiste sopra il suolo ed è ad esso naturalmente unito, tanto da non poter essere trasferito separatamente da quest'ultimo.

3. *Ulpiano: superficies ad dominum soli pertinet*

La conferma del legame tra *natura/ius naturale* e regola *superficies solo cedit*, emerso dalle fonti finora considerate, arriva anche da un frammento delle *Opiniones*, tramandato in D. 9, 2, 50, e attribuito⁷³ ad Ulpiano. “Ulp. 6 *opinion.* D. 9, 2, 50: *Qui domum alienam invito domino demolit et eo loco balneas extruxit, praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam damni dati nomine actioni subicitur*”.

Ulpiano discute il caso in cui taluno aveva demolito, *invito domino*,⁷⁴ la casa di un altro e, al suo posto, vi aveva costruito dei bagni. L'autore della demolizione e della successiva costruzione —continua il giurista— aveva agito contro (*praeter*) lo *ius naturale*, perché la superficie appartiene al proprietario del suolo e avrebbe anche subito l'azione per il danno che aveva arrecato.⁷⁵

⁷¹ In questo senso, anche Grosso, Giuseppe, “L'efficacia dei patti”, *cit.*, p. 47 e nt. 2, al quale aderisce Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 37, nt. 104.

⁷² Heumann, Hermann-Seckel, Emil, “s. v. superficies”, *cit.*, p. 570. Per un impiego del termine in senso materiale, si veda Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, p. 37, nt. 104.

⁷³ A partire da Jacobi Gothofredi *Novus in titulum Pandectarum de diversis regulis juris antiqui commentarius*, Neapoli, 1780, p. 194, seguito da Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, II, *cit.*, col. 1001, nt. 2, si è aperta una grande discussione su quest'opera. Per una rassegna delle diverse ipotesi formulate, si veda Santalucia, Bernardo, I “*Libri opinionum*” di Ulpiano, I, *cit.*, pp. 1 ss., secondo il quale —direi a ragione— l'opera può considerarsi ulpiana. Diversamente, Liebs, Detlef, “Ulpiani opinionum libri VI”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 41, 1973, pp. 279 ss.; *id.*, “Il Codexsystem. L'aggiornamento della sistemazione del diritto romano in età tardoantica”, in Aldo Schiavone (cur.), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 284 s., 299 ss.

⁷⁴ Musumeci, Francesco, *op. cit.*, p. 128, considerando che il testo riferisce solo l'agire *invito domino* del costruttore e non allude ad un rapporto giuridico tra l'autore delle *balneae* e il proprietario della *domus*, ipotizza che la realizzazione dei bagni fosse “frutto della prepotenza di chi si era impossessato della *domus* altrui allo scopo di demolirla e di edificare sul terreno dove si trovava”. A me non sembra, però, necessario limitare il contenuto del testo a questa ipotesi.

⁷⁵ Secondo Rotondi, Giovanni, “I libri opinionum di Ulpiano e le Sententiae di Paolo”, *Scritti giuridici*, I, in Arangio-Ruiz, Vincenzo-Albertario, Emilio-de Francisci, Pietro (cur.), *Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano, Ulrico Hoepli, 1922, p. 479, nel

Nonostante i numerosi dubbi sollevati dalla dottrina⁷⁶ sulla provenienza del testo e sulla sua genuinità, non mi sembra possa mettersi in discussione la classicità⁷⁷ del legame, che dal frammento emerge in modo inequivoco, tra l'argomento *quod superficies ad dominum soli pertinet* — sostanzialmente coincidente con la regola *superficies solo cedit* — e lo *ius naturale*.

In modo simile a quanto abbiamo visto a proposito di Gai. 2, 73, anche nel testo tratto dai *Libri Opinionum* attribuiti ad Ulpiano, il giurista non richiama lo *ius naturale* per spiegare la regola *superficies solo cedit*, ma si riferiva a quest'ultima per giustificare il fatto che quanto costruito da un altro sul mio suolo divenisse mio o comunque mi appartenesse *iure naturali*. Nel testo ulpiano, infatti, si legge: *...praeter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet*. In sostanza, colui che, *invito domino*, aveva demolito la casa e costruito al suo posto dei bagni, secondo il giurista si sarebbe comportato in modo contrario allo *ius naturale*, dal momento che la superficie, e quindi la *domus*, appartiene al proprietario del suolo.⁷⁸

Nonostante Ulpiano non parli del *cedere* della *superficies* al *solum*, ma del *pertinere* della *superficies* al *dominus soli*, direi che ancora una volta, la concreta fisicità dell'unione della superficie al suolo permetta al giurista di spiegare o comunque motivare il richiamo dello *ius naturale*, che è stato violato da chi, *invito domino*, aveva demolito la *domus* per costruirvi dei bagni.

testo originale si sarebbe detto che l'autore della demolizione e della successiva costruzione *actione legis Aquiliae tenetur*.

⁷⁶ Levy, Ernest-Rabel, Ernest, *Index interpolationum*, I, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1929, col. 116; Perozzi, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2a. ed., Roma, Athenæum, 1928, p. 91, nt. 2; Rotondi, Giovanni, "I libri opinionum", *cit.*, p. 479, per il quale le frasi *praeter ... pertinet* e *damni dati ... subicitur* sarebbero state rimaneggiate; Lombardi, Gabrio, *op. cit.*, p. 219, nt. 5, torna a ricondurre l'inciso *praeter-pertinet* ad un autore postclassico o giustiniano, Kaser, Max, "Gaius und die Klassiker", *ZSS*, 70, 1953, p. 154, nt. 91, considera apocrifi i Libri Opinionum di Ulpiano. Per i dubbi sulla provenienza del testo, *cf. supra*, nt. 73.

⁷⁷ In questo senso, anche Maschi, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica*, *cit.*, pp. 295 ss., il quale ritiene che la sola appartenenza del testo ad un'opera spesso considerata dalla dottrina nella forma e nella sostanza come tarda o rimaneggiata, non può essere sufficiente per mettere in discussione la classicità del principio *superficies solo cedit* e le conclusioni che nel testo vengono affermate; Lombardi, Gabrio, *op. cit.*, p. 219 nt. 5, il quale, nonostante i dubbi sull'inciso *praeter ... pertinet*, non può fare a meno di rilevare che esso rispecchi un principio classico; Santalucia, Bernardo, *I "Libri opinionum" di Ulpiano*, I, *cit.*, p. 191, anche nt. 167, e *id.*, *I "Libri opinionum" di Ulpiano*, II, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 262 ss., per il quale l'opera è attribuibile ad Ulpiano. Nel complesso non mi sembrerebbe che ci siano elementi per accogliere le obiezioni di Rotondi e ritenere che la frase *praeter ... pertinet* sia stata rimaneggiata.

⁷⁸ Pertanto, solo il *dominus soli* avrebbe eventualmente potuto decidere di demolire la *domus* per costruirvi altro.

4. *Il legame naturale tra superficie e suolo nell'esperienza giuridica romana*

I testi considerati mostrano che i giuristi romani motivassero o spiegassero con il fatto che *superficies solo cedit* l'acquisto *naturali iure* da parte del proprietario del suolo di quanto da un altro su di esso costruito (Gai. 2, 73 e Ulp. 6 *opin.* D. 9, 2, 50) o comunque giustificassero l'appartenenza delle *superficiariae aedas* al *dominus soli* oppure l'impossibilità di trasferire il suolo senza la superficie con un richiamo allo *ius naturale* o alla *natura* (rispettivamente Gai. D. 43, 18, 2 e Paul. D. 44, 7, 44, 1).⁷⁹ Sembra che l'espressione *superficies solo cedit* fosse in grado di riassumere e descrivere "plasticamente" le ragioni che conducevano i giuristi a ricondurre allo *ius naturale* o alla *naturalis ratio* l'appartenenza della costruzione al proprietario del suolo, come se quell'affermazione fosse la traduzione della realtà stessa delle cose, fosse in sostanza dedotta dalla natura.⁸⁰ In questo senso, direi, possa dirsi che la regola *superficies solo cedit* ha il proprio fondamento nella natura.

Non mi sembra, invece, che le fonti offrano alcun indizio che permetta di collegare la regola *superficies solo cedit* ad una concezione assoluta del *dominium*⁸¹ o al carattere attrattivo della proprietà fondiaria. Queste interpretazioni soffrono del primato assegnato dagli interpreti delle fonti,⁸² ma non dai giuristi romani, al ruolo del *dominium soli*. I primi hanno collegato la regola *superficies solo cedit* alla concezione assoluta del *dominium*, mentre per i giuristi romani essa era la traduzione, in termini giuridici, di quanto avveniva nella realtà fisica tra il suolo e la *superficies* che su questo insisteva.

⁷⁹ In considerazione di questo rapporto in dottrina si legge spesso che lo *ius naturale* è la base della regola *superficies solo cedit* (Schmidt, Adolf, "Das Recht der Superficies", *ZSS*, 11, 1890, pp. 124 ss., che a questo proposito precisa anche: "Weil die Regel «*superficies cedit solo*» dem *naturale ius* angehört, deshalb wird sie von den römischen Juristen nicht bloss auf das Eigentum angewendet, sondern auch auf den Besitz" (p. 126), citando D. 43, 17, 3, 7; Nocera, Guglielmo, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 98; Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 121; più recentemente, Griese, Lennart, *op. cit.*, p. 187), o che quest'ultima è detta dai Romani di *ius naturale* (Voci, Pasquale, *op. cit.*, p. 255 ss.).

⁸⁰ Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 449.

⁸¹ A questo proposito, si consideri che una parte della dottrina ha ritenuto applicabile la regola in esame anche al possesso. Si veda Savigny, Friedrich Karl von, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, 7a. ed. (aus dem Nachlasse des Verfassers und durch Zusätze des Herausgebers vermehrte Auflage vom Adolf Friedrich Rudorff), Wien, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, 1865, pp. 263 ss.; Schmidt, Adolf, *op. cit.*, pp. 124 ss.

⁸² Coviello, Nicola, *op. cit.*, pp. 19, ss., ha mostrato come a lungo si sia creduto che il brocardo "*cujus est solum, ejus est usque ad coelum, et usque ad profundum*" risalisse al diritto romano, ma ha anche ritenuto che i Romani avessero concepito l'estensione della proprietà nello spazio e nel sottosuolo "non solo come naturale ma come essenziale all'idea della proprietà fondiaria".

Nel valutare le ragioni che potrebbero aver condotto all'affermazione di questa regola, si può considerare quello che da Ulpiano (Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 3, 1 pr.) è stato considerato lo scopo delle disposizioni sul *tignum iunctum* nella legislazione decemvirale (*tabb.* 6, 8 e 6, 9):⁸³ ...*quod providenter lex efficit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur.* Le disposizioni della legge delle XII tavole a mio avviso presupponevano⁸⁴ il *cedere*, il *coherere* della superficie al suolo, ma guardavano al problema da una prospettiva diversa, quella del proprietario dei materiali, al quale si vietava di staccarli fintanto fossero congiunti all'edificio o alla vigna (*tab.* 6, 8).⁸⁵ Anche il commento ulpiano assume la medesima prospettiva e il giurista elogia (*providenter*) la disciplina decemvirale, perché avrebbe evitato che si distruggessero gli edifici e si compromettesse l'agricoltura; in sostanza avrebbe tutelato l'*utilitas* sociale.⁸⁶

Non sono però sicura che le medesime ragioni abbiano contribuito all'affermazione nello *ius civile* della regola *superficies solo cedit*.

L'analisi compiuta in queste pagine mi sembra piuttosto confermare quanto evidenziato da Pugliese⁸⁷ a corollario della sua tesi che nega la con-

⁸³ Su questi versetti si vedano i recenti contributi di Cursi, Maria Floriana (cur.), *Gli illeciti privati, XII Tabulae. Testo e commento*, II, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, pp. 599 ss.; Humbert, Michel, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome, École Française de Rome, 2018, pp. 307 ss.

⁸⁴ La connessione tra il *cedere* della *superficies* al suolo e le disposizioni sul *tignum iunctum*, nel senso della presupposizione del primo da parte delle seconde, a mio avviso è confermata da: Gai. 2 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 10 (che è alla base di I. 2, 1, 29), in cui l'affermazione "*quia omne quod inaedificatur solo cedit*" è seguita dalla precisazione "*nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desit eius dominus esse*" e poi dal richiamo alla disciplina decemvirale; Paul. 15 *quaest.* D. 46, 3, 98, 8, in cui si legge: "...*area autem extat, sicut cetera, ex quibus aedificium constitit. denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit.*

⁸⁵ Sul divieto diretto al proprietario dei materiali, *cf.* Cursi, Maria Floriana, *op. cit.*, p. 602.

⁸⁶ Si veda, Voci, Pasquale, *op. cit.*, p. 256, per il quale il divieto decemvirale sul *tignum iunctum* avrebbe avuto ragioni di utilità sociale, cioè evitare danni all'agricoltura e agli edifici. Voci, però, ritiene che il regime dell'accessione (*superficies solo cedit*) fosse posteriore a quello decemvirale del *tignum iunctum* e i due non potessero andare d'accordo: "Il regime decemvirale non poteva andare d'accordo con il regime generale dell'accessione, ch'è ad esso posteriore. Definito questo dalla giurisprudenza nel senso dell'acquisto da parte del proprietario della cosa principale, si dovè giungere alla filosofica ed artificiosa distinzione tra gli elementi costitutivi: l'acquisto del tutto obbedisce ai principi in materia di accessione; il mancato acquisto degli elementi costitutivi obbedisce al precetto decemvirale. In sostanza, una soluzione di compromesso"; Musumeci, Francesco, *op. cit.*, p. 34, riferisce la tutela di cui parla Ulpiano ad esigenze della collettività e, diversamente da Voci, sembra ritenere molto risalente il principio *superficies solo cedit* (p. 79), anche se poi aderisce al suo orientamento sulla non riconducibilità al diritto originario di Roma della distinzione tra proprietà dell'edificio e proprietà dei materiali (p. 79, nt. 10).

⁸⁷ Pugliese, Giovanni, "Note sulla superficie", *cit.*, p. 294.

fusionese, nel diritto giustiniano, della superficie con la proprietà:⁸⁸ “la causa [della mancata confusione] a mio avviso è da vedersi non tanto nel principio *superficies solo cedit* in sé e per sé, quanto nell’impossibilità, sentita come naturale prima che giuridica, di valutare quale cosa autonoma la costruzione rispetto al suolo e ad un’altra costruzione”⁸⁹ (il carattere espanso è mio). La regola *superficies solo cedit*, infatti, era espressione di questa impossibilità “naturale”, che emergeva dall’esame dei casi concreti, sui quali i giuristi ponevano la loro attenzione, che invece non era volta alla costruzione di una categoria unitaria di accessione.

5. *Il superamento delle conseguenze della regola superficies solo cedit: la concezione romana del diritto di superficie per ovviare al mancato riconoscimento della proprietà per piani orizzontali*

La presenza della *regula superficies solo cedit* nei testi ricompresi nella compilazione giustiniana mostra che essa fosse sentita operante ancora nel VI secolo d. C.,⁹⁰ nonostante già da tempo la realtà sociale e demografica⁹¹ di Roma avesse dovuto fare i conti con gli inconvenienti che la rigida applicazione della regola avrebbe portato con sé: il proprietario del suolo “kann das Grundstück nicht ohne das Gebäude, das Gebäude nicht ohne das Grundstück veräußern.

⁸⁸ Le considerazioni di Pugliese restano valide, anche se, con Branca, Giuseppe, “Considerazioni”, *cit.*, pp. 189 ss., si dovesse considerare la sua tesi troppo rigida e si dovesse piuttosto ammettere una “tendenza” dei giustiniani “a considerare proprietario il titolare della superficie” (p. 201).

⁸⁹ Pugliese, Giovanni, “Note sulla superficie”, *cit.*, p. 294. Non sono invece così sicura rispetto alla lettura, in chiave di elemento principale ed elemento accessorio, che Pugliese fa di *superficies solo cedit* e che risulta da quanto egli aggiunge subito dopo: “Il principio «*superficies solo cedit*» opera solo in un secondo momento, in quanto determina quale delle due cose inscindibili è la principale, che deve attrarre l’altra”.

⁹⁰ Non posso occuparmi in questa sede della questione legata al riconoscimento o meno, da parte del diritto giustiniano, della proprietà superficaria. Le fonti mi sembrano, però, confermare la posizione di coloro che, con più o meno vigore, lo negano: Grosso, Giuseppe, “Rc. a Biondo Biondi, La categoria romana delle servitutes”, *SDHI*, 1, 1919, pp. 238-252 (=da cui si cita, *Scritti storico giuridici*, IV, *Recensioni e ricordi*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 80); Pugliese, Giovanni, “Note sulla superficie”, *cit.*, pp. 275 ss.; Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie*, *cit.*, pp. 5 ss. Diversamente, Biondi, Biondo, *op. cit.*, pp. 525 ss.; Solazzi, Siro, “La superficies nel diritto giustiniano”, *Archivio giuridico*, 146, 1954, p. 32 (= *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, Jovene, 1972, pp. 533 ss.), per il quale, però, sebbene il costruttore potesse avere la proprietà della costruzione su un suolo altrui, tale proprietà non sarebbe stata superficaria. Per una posizione decisamente meno radicale, Branca, Giuseppe, “Considerazioni”, *cit.*, pp. 196 ss.

⁹¹ Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, pp. 143 ss.; Gagliardi, Lorenzo, *op. cit.*, pp. 6 ss., con indicazione nella nt. 3 della vasta bibliografia sul tema.

Er kann auch das Gebäude (mit Einschluß der allenfalls eingebauten fremden Bestandteile) nur zusammen mit dem Grundstück vindizieren”.⁹² In questo panorama, l’intelligenza creativa dei giuristi e l’intervento del pretore, ancora una volta, si mostrarono determinanti.⁹³

La difficoltà, avvertita innanzitutto come fisica, di separare la superficie dal suolo, e quindi all’interno delle *insulae* i singoli appartamenti, fu superata prima attraverso la *locatio conductio* a tempo determinato della superficie (o dell’appartamento), poi con la locazione a tempo indeterminato, sempre contro il pagamento di un canone, o con l’*emptio venditio*,⁹⁴ nel caso in cui il pagamento del corrispettivo fosse unitario. Oggetto del contratto sarebbe comunque stato l’uso e il godimento della superficie.⁹⁵

La tutela, in questi casi, non poteva che essere su un piano obbligatorio, ma ad essa si aggiunse prima l’*interdictum de superficiebus* e poi una tutela reale.⁹⁶ Queste concessioni divennero, grazie all’intervento del pretore, sostan-

⁹² Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, I, *cit.*, pp. 429 ss. Cfr. anche Savigny, Friedrich Karl von, *Das Recht des Besizes*, *cit.*, pp. 264 ss.; Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, p. 139, per il quale sarebbero chiare le “conseguenze dogmatiche” del principio *superficies solo cedit*: impossibilità (o meglio inconcepibilità) per lo *ius civile* di trasferire il *dominium* della *superficies*, o di costituire un diritto reale, separatamente dal suolo; Giuseppe Grosso, Schemi giuridici e società, *cit.*, pp. 299 ss.; Meincke, Jens Peter, *op. cit.*, pp. 138 ss. In modo più specifico sul problema della proprietà orizzontale, cfr. Pineles, Stanislaus, “Die communio pro diviso”, *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 29, 1902, pp. 689 ss. e in 30, 1903, pp. 767 ss.; Riccobono, Salvatore, “La violazione del principio”, *cit.*, pp. 515 ss.; Serrao, Feliciano, “Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.”, in Serrao, Feliciano (cur.), *Legge e società nella repubblica romana*, Napoli, Jovene, 1981, pp. 147 ss.; Rainer, J. Michael, *op. cit.*, pp. 329 ss., 357 ss.; Marchi, Eduardo C. Silveira, *op. cit.*, pp. 265 ss.

⁹³ Maschi, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani”, *cit.*, pp. 149 ss., il quale mette a mio avviso correttamente in evidenza come siano stati i giuristi a ispirare e guidare l’operato del pretore. È la giurisprudenza, infatti, che “elabora una nozione di superficie quanto mai acciaccia a rappresentare il fondamento per la regolamentazione pretoria”.

⁹⁴ Gagliardi, Lorenzo, *op. cit.*, p. 14, ritiene che “la compravendita permetteva per i superficiali un godimento di natura più ampia rispetto a quella possibile per i conduttori: mentre questi avevano un godimento che l’editto definiva con il verbo *frui*, i superficiali *emptores* si trovavano nella condizione del completo *habere licere*”.

⁹⁵ Come si è visto a proposito di Paul. 74 *ad ed.* D. 44, 4, 7, 1 non sarebbe stata ammissibile una *mancipatio* con *deductio* della (proprietà della) superficie. Ciò, però, non sarebbe in contraddizione con le fonti che trattano di un’*emptio superficiei*. In questo senso, Riccobono, Salvatore, “La violazione del principio”, *cit.*, pp. 510 ss.; Biondi, Biondo, *op. cit.*, p. 455, per il quale la vendita della *superficies* non sarebbe stata in contrasto con il principio *superficies solo cedit*, dal momento che l’*emptio venditio* “secondo il *ius civile*, produce effetti obbligatori e mai reali, mentre quel principio, come si è rilevato, esclude gli effetti reali ma non gli effetti obbligatori degli atti giuridici aventi per oggetto la superficie”.

⁹⁶ Ulp. 70 *ad ed.* D. 43, 18, 1 pr. *Ait praetor*: “*Ut ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto. si qua alia*

zialmente un diritto reale sul suolo altrui, e come tali erano percepite ancora nel diritto giustiniano.⁹⁷ La soluzione del pretore da un lato presupponeva la regola *superficies solo cedit* e dall'altro dava una risposta concreta alle mutate esigenze sociali e demografiche.⁹⁸

Ciò conferma, se ce ne fosse bisogno, che la concezione romana dei diritti reali sulla cosa altrui e, più in generale, dei modi di appartenenza fosse aperta e variegata.⁹⁹

III. LA REGOLA *SUPERFICIES SOLO CEDIT* NEL LAVORO DEI CODIFICATORI LATINOAMERICANI DEL XIX SECOLO

Uno sguardo al *Código Civil de la República de Chile* (1855), opera di Andrés Bello, all'*Esboço do Código Civil* (1860-1865) di Augusto Teixeira de Freitas e al *Código civil de la República Argentina* (1869) di Dalmacio Vélez Sársfield, seguito da un rapido confronto con le precedenti o coeve codificazioni europee,¹⁰⁰

actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo". Si tratta di un testo sospettato di interpolazione da una parte della dottrina (Beseler, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1910, p. 101; *id.*, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1913, pp. 169 ss.; *id.*, "Maenianum und Superficies (Miscellen)", *ZSS*, 52, 1932, p. 291; Krüger, Hugo, *Die prätorische Servitut*, Münster, Coppenrath, 1911, p. 81), ma rispetto al quale si è da tempo orientati a riconoscerne la classicità. Si veda Lenel, Otto, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3a. ed., Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927, p. 476; Biondi, Biondo, *op. cit.*, pp. 464 ss.; Maschi, Carlo Alberto, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, 152; Sitzia, Francesco, "s. v. superficie (dir. rom.)", *cit.*, p. 1461; Gagliardi, Lorenzo, *op. cit.*, pp. 14 ss., 22 ss.

⁹⁷ In dottrina si è discusso molto sulla configurazione di questo istituto nell'ambito dei diritti reali, come mostrano, ad esempio, le pagine, ricche di interrogativi, di Biondi, Biondo, *op. cit.*, pp. 513 ss. Le conclusioni alle quali arriva Biondi (nel sistema pretorio il superficiario è proprietario della superficie dal momento che ha la maggior parte dei poteri attribuiti al proprietario [p. 520 ss.]) risentono però — come ha osservato Sitzia, Francesco, *Studi sulla superficie, cit.*, p. 109 — di quell'errore di prospettiva che conduce talvolta gli studiosi della storia del diritto a "ricercare nelle fonti romane le basi di elaborazioni dogmatiche tipicamente moderne"; si veda anche Riccobono, Salvatore, "La violazione del principio", *cit.*, pp. 511 ss., per il quale nel diritto giustiniano la superficie sarebbe uno *ius in re aliena* e il superficiario avrebbe avuto, sulla costruzione posta sul fondo altrui, "tutti i poteri di un vero proprietario".

⁹⁸ A questo proposito ritengo sia da segnalare quanto osservato da Maschi, Carlo Alberto, "Proprietà divisa per piani", *cit.*, p. 161, per il quale ognuno giudicherà "se nel regolamento classico pretorio della superficie possa trovarsi un surrogato (come ritengo) alla inesistente formale proprietà divisa in linea orizzontale".

⁹⁹ Cardilli, Riccardo, "Schemi giuridici dell'appartenenza della terra nella tradizione civilistica e diritto russo", *Roma e America. Diritto romano comune*, 34, 2013, pp. 270 ss.

¹⁰⁰ Si pensi all'ALR (Erster Teil, Tit. 22, § 243); al CcFr (artt. 553 e 664); all'ABGB (§ 1125); al CcSpa (artt. 396 e 359); al CcIta/1865 (artt. 448 e 562 ss.). Per una più ampia

può far pensare ad una rigida applicazione della regola *superficies solo cedit* da parte dei codificatori latinoamericani della fine del XIX secolo.

In questi Codici civili (o, come per l'*Esboço do Código civil*, progetti di Codice civile), infatti, vengono da un lato codificate, nell'ambito dell'accessione, le ipotesi della costruzione, piantagione e semina con materiali altrui sul fondo proprio o con materiali propri su fondo altrui, prevedendo di regola l'acquisto di quanto insiste sul suolo da parte del proprietario di quest'ultimo e dall'altro non vengono codificati (CcChil e CcBra/1916) o addirittura vengono esplicitamente proibiti (*Esboço* e CcArg/1869) tanto il diritto di superficie quanto la proprietà per piani orizzontali.

Il lavoro creativo dei giuristi romani e lo sforzo innovatore del pretore per superare il contrasto tra la regola *superficies solo cedit* e le esigenze della società romana erano noti ai codificatori latinoamericani del XIX secolo, ma i loro progetti di Codice civile e i Codici civili stessi lasciano pensare che preferirono seguire —come dice chiaramente Vélez Sársfield per il Codice civile argentino— “il diritto romano puro”.¹⁰¹

1. *Andrés Bello e la non codificazione del diritto di superficie e della proprietà orizzontale nel Código Civil de la República de Chile (1855)*

L'articolo del Codice civile cileno in cui si elencano i diritti reali (art. 577) letto insieme a quelli compresi nel titolo V *de la accesión* (artt. 643 ss.), e in particolare nel § 4 *De la accesión de las cosas muebles a inmuebles* (art. 668 ss.), lascerebbe pensare ad una rigida osservanza della regola *superficies solo cedit* da parte di Andrés Bello, dal momento che nell'art. 577¹⁰² non si annovera tra i diritti reali il diritto di superficie e nell'art. 643¹⁰³ si considera

panoramica, *cf.* Bendersky, Mario J., “Introducción al estudio de la propiedad horizontal”, *Lecciones y Ensayos*, 26, 1964, p. 19; Kiper, Claudio Marcelo, “El derecho real de superficie forestal”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 21, 2006, pp. 120 ss.; Peñailillo Arévalo, Daniel, “Por si acogemos el derecho de superficie”, in Barcia Lehmann, Rodrigo (coord.), *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*, Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters, 2013, pp. 108 ss.

¹⁰¹ Si veda *infra*, § III.3.

¹⁰² “Art. 577. Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

¹⁰³ “Art. 643 La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles”.

l'accessione un modo di acquisto della proprietà per mezzo del quale il proprietario di una cosa lo diventa anche di quanto da questa prodotto o di quanto ad essa si unisce.

Non ci sono, però, neppure nel *Proyecto* di Codice civile del 1853¹⁰⁴ e nel *Proyecto Inédito*¹⁰⁵ per gli articoli 681, 771, 805, corrispondenti agli articoli 577, 643 e 669 del CcChi, note del codificatore che permettano un rinvio, almeno diretto, a questa regola. La nota all'art. 771 del *Proyecto* del 1853 cita, invece, come fonte dello stesso, Pothier.¹⁰⁶ Neppure la nota all'art. 805 del *Proyecto* del 1853 (art. 669 [modificato] del CcChi), relativo all'ipotesi di costruzione sul suolo altrui con materiali propri, cita la regola *superficies solo cedit*, quanto piuttosto l'art. 555 del *Code civil*.

Queste citazioni della dottrina francese e del *Code Napoleon* non devono però neppure condurre a ritenere che il modello seguito da Bello per il libro II del Codice sia stato unicamente il *Code civil*, perché una più attenta comparazione mostra piuttosto, anche a livello sistematico, importanti differenze.¹⁰⁷ A questo riguardo, con particolare attenzione al titolo dedicato all'accessione, si può infatti constatare¹⁰⁸ nella struttura dell'articolato, tanto per il Progetto del 1853 che per quello inedito e poi per il Codice civile del 1855, un'aderenza all'esposizione della materia seguita da Bello nelle *Instituciones de derecho romano*,¹⁰⁹ sebbene senza proporre per il Codice civile la tradizionale distinzione, tra accessioni naturali, industriali e miste.¹¹⁰

¹⁰⁴ Questo fu il primo progetto completo che Bello presentò al Governo. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, "La formación del sistema general del Código Civil de Chile y los sistemas de los códigos existentes hacia 1852", in Martinic G., María Dora y Tapia R., Mauricio (dirr.) y Ríos L., Sebastián, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, I, Santiago, LexisNexis, 2005, p. 123.

¹⁰⁵ Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 367.

¹⁰⁶ Pothier, Robert Joseph, *Traité de la propriété, Œuvres de R. J. Pothier*, tome cinquième, Bruxelles, Chez H. Tarlier, Libraire-Editeur, 1831, p. 243, n. 150.

¹⁰⁷ Guzmán Brito, Alejandro, "La sistemática del Código Civil de Andrés Bello", *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso Internacional, Roma 10/12 diciembre 1981*, Caracas, La casa de Bello, 1987, pp. 330 ss.

¹⁰⁸ Guzmán Brito, Alejandro, "La sistemática", *cit.*, p. 330; *id.*, "La formación", *cit.*, pp. 137 ss.

¹⁰⁹ Bello, Andrés, *Instituciones de derecho romano*, ed. de Santiago, 1849, riprodotta in *Obras Completas de Andrés Bello*, XVII, 2a. ed. facsimilar, Caracas, La casa de Bello, 1981, p. 50.

¹¹⁰ Leitao Álvarez-Salamanca, Francisca, "La formación histórica del modo de adquirir denominado «accesión»", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29, segundo semestre de 2007, pp. 113 ss., la quale a questo proposito precisa che "la clasificación expuesta por Bello sobre el modo de adquirir accesión en el Código Civil de Chile, es original y muy empírica".

Neppure la mancata codificazione da parte del Codice civile cileno del 1855 del diritto di superficie¹¹¹ e della proprietà orizzontale¹¹² può attribuirsi all'esempio del *Code civil*, dal momento che in quest'ultimo, sebbene non esplicitamente e in modo completo, comparivano sia il diritto di superficie che la proprietà orizzontale.¹¹³

Bello non sembra chiarire i motivi di una simile scelta,¹¹⁴ quindi non ci resta che ipotizzare le ragioni che possano averlo condotto a tali esclusioni. Egli —come ho detto— non ha seguito in questo punto il *Code civil*,¹¹⁵ che negli artt. 553¹¹⁶ e 664¹¹⁷ prevede rispettivamente una deroga, per quanto implicita,¹¹⁸ all'accessione della superficie al suolo e la possibilità di dividere per piani orizzontali la proprietà di un edificio.¹¹⁹ Le soluzioni adottate dal

¹¹¹ Borzutzky Arditi, Alejandro, *El derecho de superficie*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1971, pp. 15 ss.; Peñailillo Arévalo, Daniel, *op. cit.*, pp. 108 ss.

¹¹² Rabinovich M., Isaac *et al.*, “La propiedad horizontal desde el punto de vista jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 7, n. 34, 1961, pp. 15 ss., 45.

¹¹³ *Id.*, p. 15.

¹¹⁴ Così anche Rabinovich M., Isaac *et al.*, *op. cit.*, p. 45, per i quali non sarebbe possibile addurre i motivi che sarebbero stati alla base della decisione di Bello. Si veda anche p. 45: “lo cierto es, que en ninguna de las obras de Bello se hace alusión siquiera pasajera a este tema; en ninguno de los cuatro proyectos que elaboró, trató el punto, ni mencionó para nada el artículo 664 del Código Francés, que debía conocer necesariamente. La propiedad horizontal, pues, ni quedó consagrada entre nosotros, a ejemplo de la mayoría de los países, ni fue prohibida expresamente, como se hizo en otras legislaciones”.

¹¹⁵ Come è stato segnalato in dottrina, l'influenza del *Code civil* sul codice cileno è maggiore in tema di obbligazioni e contratti che in tema di proprietà e diritti reali. *Cfr.* Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación, cit.*, p. 371; Soza Ried, María de los Ángeles, “La influencia del Código Civil francés en el Código Civil chileno en materia de bienes y propiedad”, Henríquez Herrera, Ian e Corral Talciani, Hernán (edd.), *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2004, p. 69. Si veda anche, Guarneri, Attilio, “Il Código civil cileno e suoi modelli: alcune osservazioni”, *Andrés Bello y el derecho latinoamericano, cit.*, p. 382, il quale propone alcuni esempi per mostrare come il modello del *Code civil* non sia sempre stato seguito da Bello.

¹¹⁶ “Art. 553 Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment”.

¹¹⁷ “Art. 664 Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment (Abrogato dalla legge del 28 giugno 1938, JORF 30 giugno 1938)”.

¹¹⁸ Nell'art. 553, infatti, vi è un riferimento alla presunzione di appartenenza al proprietario del fondo.

¹¹⁹ Aubry, Charles et Rau, Charles, *Cours de droit civil français*, II, 4a. ed., Paris, Marchal, Billard & C^{ie}., 1869, § 223, 436 ss.; Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 3a. ed.,

Codice di Bello non sono, però, neppure riconducibili all'esempio delle *Siete Partidas* che ammettevano una proprietà per piani orizzontali¹²⁰ o del diritto romano, nel quale la regola *superficies solo cedit*,¹²¹ pur trovando piena affermazione ancora nella compilazione giustiniana, aveva conosciuto — grazie al lavoro dei giuristi e del pretore — fondamentali deroghe sostanziali.

La dottrina che ha commentato gli articoli del Codice civile cileno in merito all'accessione per edificazione ha da un lato evidenziato che si tratta di “una consecuencia natural del principio que extiende el derecho de propiedad del suelo a todo aquello que se une o incorpora a él”¹²² e dall'altro ha messo l'accento, sulle orme di Pothier,¹²³ sul rapporto tra cosa principale e cosa accessoria:

...el edificio y el terreno forman un solo todo, en que el terreno es lo principal y el edificio lo accesorio, desde que no puede subsistir sin el terreno en que ha sido construido, y por lo tanto, por la fuerza y potestad del dominio que tiene en

Paris, F. Pichon, successeur, éditeur, 1904, pp. 805 ss., n. 2424; Corlay, Paul, “Chronique de droit des biens”, *Revue juridique de l'Ouest*, 3, 1990, pp. 413 ss.

¹²⁰ La Ley 26 (rubricata “Como deue cobrar las misiones, o ganar la parte de los otros el que reparo la casa o el edificio que auia con otros de comun”), Tit. XXXII, *Partida III* prevede: “Torre, o casa, o otro edificio qualquier auiendo muchos aparceros de so vno si estuuere mal parada, de guisa que se quiera caer, e alguno de los aparceros la manda labrar, e reparar, de lo suyo, en nome del, e de sus compañeros, faziendogelo saber primeramente; tenudos son todos los otros, cada vno por su parte, de tornarle las misiones, que despudio a pro de aquel lugar. Esto deue ser cumplido fasta quatro meses, del dia que fuere acabada la laur, e les fue demandado que gelo pagassen. E si assi non lo fiziesen, pierden las partes que auian en aquellas cosas do fizieron la laur, e fincuan libres, e quitas aquel que las reparo de lo suyo. Pero si este que faze la laur, la ouiesse fecho a mala fe, non lo faziendo saber a sus compañeros: mas reparando, o labrando el logar que auia con los otros, o faziendo y alguna cosa de nueuo en su nome, assi como si toda fuesse suya; deue perder estonce las misiones que fizo en la laur; e lo que es y labrado de nueuo, deue fincar comunalmente a todos los compañeros”. Come si legge in Bendersky, Mario J., *op. cit.*, p. 18, in questa Ley sembrerebbe delinearsi la possibilità che un edificio appartenga “en partes” a proprietari diversi, “sin configurar una comunidad simple”. Per il peso delle *Siete Partidas* nella formazione del Codice civile cileno, si veda Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación, cit.*, pp. 363 ss.

¹²¹ Rabinovich M., Isaac *et al.*, *op. cit.*, p. 37, ritengono che la non codificazione della proprietà orizzontale da parte del codice di Bello si possa spiegare con la vigenza in esso della regola in base alla quale colui che è *dominus* del suolo lo è dal cielo agli inferi, pur precisando che “Nuestro Código [che consiste nell'adozione del Codice di Bello] no consagra expresamente la regla, pero la aplica con mayor rigor que el derecho francés que aunque resuelve el punto de conformidad, dá lugar a l'aplicación de otro principio, si así resulta, de los hechos correspondientes”.

¹²² Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, II, De los bienes*, Santiago, Cervantes, 1930, tomo septimo, rist. Santiago, Editorial Juridica de Chile, 1992, p. 228.

¹²³ Pothier, Robert Joseph, *op. cit.*, pp. 243, n. 150 e 247, n. 170.

el terreno, *vi ac potestate rei suae*, el propietario del terreno adquiere el dominio de los materiales ajenos con que ha sido levantado el edificio.¹²⁴

A ciò può essere interessante aggiungere che Bello non faccia un rinvio esplicito alla regola *superficies solo cedit* né nelle note agli articoli inclusi nei progetti di Codice civile in tema di acquisto della proprietà per accessione, né nelle pagine delle *Instituciones de derecho romano*.

Nelle *Instituciones de derecho romano*, Bello, trattando della *adjuncion*, nella quale include la *edificación*, richiama piuttosto la regola in base alla quale la cosa accessoria segue la principale e afferma che per questa ragione quello che viene costruito è acquistato dal proprietario del suolo, tanto se si costruisca con materiale proprio su un suolo altrui, quanto se si costruisca con materiale altrui su un suolo proprio.¹²⁵

Non si tratta di una logica estranea al diritto romano,¹²⁶ ma direi non esattamente corrispondente a quella utilizzata dai giuristi per le ipotesi di costruzione, piantagione e semina, per le quali prevalentemente si legge nelle fonti ... *iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*.¹²⁷

È vero che in Paul. 15 *quaest. D. 46, 3, 98, 8* si legge ... *pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit* e ciò fa pensare ad una distinzione tra cosa principale (*area*) e cosa accessoria (*insula*), ma se ci caliamo nel contesto del passo,¹²⁸ capiamo che la qualificazione dell'*area* come *maxima pars* serve al giurista per spiegare che questa non venga meno per la demolizione dell'edificio e non ha nulla a che fare con una regolamentazione dell'accessione.¹²⁹

¹²⁴ Claro Solar, Luis, *op. cit.*, p. 232. Anche la dottrina più recente sottolinea il rapporto tra cosa principale e cosa accessoria; *cf.* González González, Manuel, "Construcción en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno: una aproximación dogmática al inciso segundo del artículo 669 del Código civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28, julio 2017, p. 231.

¹²⁵ Bello, Andrés, *op. cit.*, p. 50.

¹²⁶ Come si ricava, ad esempio, da Ulp. 20 *ad Sab. D. 34, 2, 19, 13* *Perveniamus et ad gemmas inclusas argento auroque. et Sabinus auro argentove cedere: ei enim cedit, cuius maior est species. quod recte expressis: semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. cedent igitur gemmae, fialis vel lancibus inclusae, auro argentove*; o ancora da Paul. 21 *ad ed. D. 6, 1, 23, 4* *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit...*

¹²⁷ Come si è visto *supra*, queste parole ricorrono in Gai. 2,73 a proposito di quanto da un altro costruito *suo nomine* sul nostro suolo ed esteso (Gai. 2, 74 *Multoque magis id accidit et in planta...;* Gai. 2, 75 *Idem contingit et in frumento...*) alle ipotesi di piantagione e semina.

¹²⁸ Paul. 15 *quaest. D. 46, 3, 98, 8* *Aream promisi alienam: in ea dominus insulam aedificavit: an stipulatio extincta sit, quaesitum est... non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse. immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debet: pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit*.

¹²⁹ Per Pastori, Franco, *op. cit.*, p. 157, la frase paolina non starebbe a significare altro che la "superficie è concepita come parte del suolo" e da ciò discenderebbe che suolo e superficie

Bello e la dottrina¹³⁰ che si è occupata di questi articoli del CcChi, per il tramite di Pothier, estendono la logica regolante il rapporto tra cosa principale e cosa accessoria alle ipotesi di *inaedificatio*, *implantatio* e *satio*. Pothier, infatti, scriveva che

L'accession est une manière d'acquérir le domaine qui est du droit naturel, par laquelle le domaine de tout ce qui est un accessoire et une dépendance d'une chose est acquis de plein droit à celui à qui le chose appartient, *vi ac potestate rei suae*. Une chose est l'accessoire de la nôtre ou parce qu'elle en a été produite, ou parce qu'elle y a été unie; et cette union se forme ou naturellement et sans le fait de l'homme, ou par le fait de l'homme.¹³¹

E che la regola per determinare “dans un tout composé de plusieurs choses”¹³² qual è la cosa principale e quella accessoria è nel considerare principale quella “qui peut subsister séparément”, come dimostrerebbe il caso della costruzione di un edificio sul mio fondo:

Ce bâtiment et mon terrain font un seul tout, dont mon terrain est la partie principale, et le bâtiment n'est que l'accessoire; car mon terrain peut subsister sans le bâtiment, et au contraire le bâtiment ne peut subsister sans le terrain sur lequel il est construit. C'est pourquoi le domain eque j'ai de mon terrain me fait acquérir par droit d'accession, *vi ac potestate rei meae*, celui du bâtiment qui y a été construit. C'est ce qu'enseigne Gaius: *si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est...* [Gai. 2 *rerum cott. sive aur.* D. 41, 1, 7, 12].

non possano essere “suscettibili di rapporti differenziati”, anche se — aggiungerei — la prospettiva del giurista è diversa, perché egli per mostrare l'unità materiale della superficie al suolo afferma che l'*area* (il suolo) è parte dell'edificio ed è la parte più importante alla quale si unisce la superficie.

¹³⁰ Solo per fare alcuni esempi: Claro Solar, Luis, *op. cit.*, pp. 118 ss.; Peñailillo Arévalo, Daniel, *op. cit.*, pp. 109 ss., per il quale il principio *superficies solo cedit* costituisce “una aplicación específica de la accesoriadad, con jerarquía predeterminada”. La forza attrattiva del suolo (elemento principale) determinerebbe l'assorbimento delle cose che vi vengono unite.

¹³¹ Pothier, Robert Joseph, *op. cit.*, 243, n. 150. Nella spiegazione che dà Pothier dell'accessione l'attenzione è evidentemente posta più sul rapporto tra cosa principale e cosa accessoria che sulla unione “fisica e naturale”, caratterizzante l'*inaedificatio* nelle fonti romane. D'altra parte, la nozione di accessione proposta nell'art. 771 del progetto del 1853, modificata nel progetto inedito con l'aggiunta dei frutti naturali e civili (Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles) e arrivata nell'art. 643 del CcChi, è talmente ampia e generale da non poter essere ricondotta al diritto romano. In questo senso, anche Claro Solar, Luis, *op. cit.*, p. 118. I giuristi romani, infatti, non hanno elaborato un concetto generale di accessione, come mostra uno sguardo alle Istituzioni gaiane o a quelle giustinianee. *Cfr.* Bonfante, Pietro, *op. cit.*, pp. 92 ss.

¹³² Pothier, Robert Joseph, *op. cit.*, 247, n. 170.

Il testo di Gaio, però, non fa alcun riferimento alla regola di cui parla Pothier e, come abbiamo visto, il giurista in altri testi afferma: *iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit* (Gai. 2,73); *...quarum proprietates et civili et naturali iure eius est, cuius et solum* (Gai. 25 ad ed. prov. D. 43, 18, 2). La logica seguita dai giuristi per l'ipotesi dell'*inaedificatio* ed estesa alla *satio* ed *implantatio* non è dunque quella del rapporto tra cosa principale e cosa accessoria, quanto quella della "realtà naturale", che li conduce a tradurre in termini giuridici la soluzione corrispondente alla realtà.

Nella riflessione su quale rilevanza possa aver avuto la regola *superficies solo cedit* negli articoli dedicati all'accessione di cose mobili a cose immobili, mi sembra utile soffermarsi sull'art. 669¹³³ del CcChi, la cui versione coincide con quella dell'art. 805¹³⁴ del Progetto inedito, mentre si differenzia, principalmente per l'ultimo comma, dall'art. 805 del Progetto del 1853. Nell'ultimo comma dell'art. 669 CcChi, infatti, a partire dal Progetto inedito, si afferma che se è stato costruito, piantato o seminato qualcosa "a ciencia y paciencia" del proprietario del terreno, quest'ultimo sarà obbligato, per riaverlo, a pagare il valore dell'edificio, della piantagione o della semina.

Mentre la fonte dell'art. 805 del Progetto del 1853 era l'art. 555 del CcFr, come indicato dallo stesso Bello nella nota, quella dell'art. 805 del Progetto inedito, poi confluito nell'art. 669 del codice, è più discussa e individuabile, probabilmente, nell'art. 404 del progetto di CcSpa del 1851 di García Goyena.¹³⁵

¹³³ "Art. 669. El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título *De la reivindicación*, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

¹³⁴ "Art. 805. Progetto del 1853: Si se posee un terreno ajeno, el dominio de las plantaciones, sementeras, cercas, edificios, diques, acueductos y demás construcciones que se hagan en él para conservarlas o mejorarlas, pertenecerán al dueño del terreno, con las obligaciones que respecto de los poseedores de buena o mala fe se le imponen en el título *De la acción reivindicatoria*".

¹³⁵ Azcárate, Gumersindo de, *Código Civil de la República de Chile precedido de un juicio crítico*, Madrid, García y Caravera, 1881, p. 75, nt. 1 all'art. 669, aggiunge anche che l'art. 669 accetta il principio delle leyes 41 e 42, tit. 28 della part. 3. D'altra parte già nel commento di García Goyena all'art. 404 del Progetto spagnolo del 1851, si segnalava la coincidenza di quest'ultimo con le leyes appena richiamate; González González, Manuel, *op. cit.*, pp. 239, 261, si sofferma (pp. 225 ss.) sulle varie ipotesi formulate in dottrina in merito alla fonte del secondo comma dell'art. 669 del CcChi. In conclusione, egli ritiene non si possa avere certezza sulla sua origi-

Il secondo comma dell'art. 805 del Progetto inedito, poi confermato nell'art. 669 del CcChi, pone una questione interessante: cosa succede in caso di mancato pagamento da parte del proprietario del terreno del valore di quanto su questo costruito, piantato o seminato? Si potrebbe presumere che, in caso di mancato pagamento, la *superficies* resti a chi ha costruito piantato o seminato, oppure che il terreno acceda alla *superficies* e che vi sia dunque un'inversione¹³⁶ della regola *superficies solo cedit*? La dottrina¹³⁷ e la giurisprudenza¹³⁸ hanno discusso molto sull'interpretazione del secondo comma. Si è ritenuto che nella fattispecie in esso contemplata il proprietario del terreno non si veda riconosciuta la possibilità di chiedere al costruttore il pagamento del giusto prezzo del terreno, in quanto

...la ley obliga en este caso al propietario del terreno, que así obra de mala fe, a pagar el valor del edificio, lo que éste realmente vale, sin facultad de elegir entre este valor y lo que en virtud del edificio valiere más la cosa en el tiempo de la restitución, porque le es imputable la culpa de haber tolerado sin protesta la construcción.¹³⁹

Oppure che

Cuando la construcción fue hecha a ciencia y paciencia del dueño del suelo —inciso 2o. del artículo 669—, solo podrá éste recuperar el predio si paga el valor del edificio. Si no está dispuesto a pagarlo, perderá el dominio del terreno y edificio adherido (que había ganado por accesión), que pasará al constructor por disposición de la misma norma.¹⁴⁰

ne e precisa: “Lo único cierto es que Andrés Bello o alguno de los integrantes de la Comisión Revisora, pudo haberse inspirado en el ABGB y el proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena. Dada la inexistencia de actas oficiales de dicha comisión, no puede afirmarse una apreciación más concluyente que esta”.

¹³⁶ Un'esplicita inversione della regola —sebbene rimessa alla valutazione dell'autorità giudiziaria— si ha, ad esempio, nell'art. 938 CcIta/1942: Se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento del danno.

¹³⁷ González González, Manuel, *op. cit.*, pp. 247 ss., anche per un ragguaglio, più generale, delle posizioni assunte dalla dottrina in merito al secondo comma dell'art. 669.

¹³⁸ *Cfr.*, tra le altre, la sentenza della Corte Suprema del 26 luglio 2018, relativa alla causa n. 38141-2017.

¹³⁹ Claro Solar, Luis, *op. cit.*, p. 239.

¹⁴⁰ Soza Ried, María de los Ángeles, “La edificación. Antecedentes históricos de los artículos 668 y 669 del código civil chileno”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección historia del derecho patrio*, XLI, 2019, p. 392.

Pur seguendo questa seconda interpretazione, non si tratterebbe però di un'inversione della regola *superficies solo cedit*, perché il proprietario del terreno, pur avendo acquistato per accessione la costruzione, perderebbe la proprietà di quest'ultima e del terreno se non è disposto a pagare il valore della costruzione.

La lettura complessiva dell'art. 669 CcChi mostra, inoltre, una particolare attenzione del codificatore all'esistenza e alla permanenza della costruzione e della piantagione, piuttosto che alla discrezionalità del proprietario del terreno in ordine alla loro demolizione e rimozione, caratterizzante invece l'art. 555 CcFr.¹⁴¹ Si tratta di un dato importante, che non a caso è stato considerato un indice della non adesione di Bello ad una concezione del diritto di proprietà tipica di un liberalismo radicale.¹⁴²

Allo stesso tempo, però, si deve considerare che l'esclusione, da parte di Bello, dal Codice civile cileno tanto del diritto di superficie quanto della proprietà orizzontale è stata spiegata con l'adesione del codificatore ad una concezione assoluta ed esclusiva della proprietà¹⁴³ e con il contesto sociale, politico ed economico¹⁴⁴ in cui il Codice civile cileno è stato scritto.

Mentre il diritto di superficie ancora oggi, nonostante diverse sollecitazioni della dottrina,¹⁴⁵ non entra a far parte del diritto cileno, la proprietà

¹⁴¹ Art. 555 CcFr: Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever.

Si le propriétaire du fonds exige la suppression des constructions, plantations et ouvrages, elle est exécutée aux frais du tiers, sans aucune indemnité pour lui; le tiers peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix, rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'oeuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.

Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent.

¹⁴² Ríos Labbé, Sebastián, "Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad", *Sesquicentenario del Código Civil*, cit., p. 539.

¹⁴³ Azcárate, Gumersindo de, *op. cit.*, p. XVIII, secondo il quale nel codice si sarebbe attribuito alla proprietà un assolutismo ed un esclusivismo "que sólo cuadra á la propiedad individual ó indivisa, de donde resulta que quedan fuera del concepto la pública, muchas formas de la colectiva y todas las posibles de la dividida".

¹⁴⁴ Ríos Labbé, Sebastián, *op. cit.*, pp. 534 ss.

¹⁴⁵ *Cfr.*, tra gli altri, Borzutzky Arditi, Alejandro, *op. cit.*, pp. 195 ss.; Peñailillo Arévalo, Daniel, *op. cit.*, pp. 118 ss.

orizzontale vi ha fatto ingresso prima con la legge 6.071 del 1937 e poi con la legge 19.537 del 1997.¹⁴⁶

2. *Augusto Teixeira de Freitas: la persistenza del diritto di superficie nella Consolidação das Leis Civis (1858) e il divieto di divisione orizzontale e di alienazione della superficie nell'Esboço do Código Civil (1860-1865)*

Particolarmente interessanti per il tema di questa ricerca sono le diverse scelte adottate da Augusto Teixeira de Freitas, nella disciplina del rapporto tra superficie e suolo, rispettivamente nella *Consolidação das Leis Civis* e nell'*Esboço do Código Civil*.¹⁴⁷

Mentre nella *Consolidação das Leis Civis* Teixeira de Freitas aveva incluso tra gli “immoveis por su naturaleza”,¹⁴⁸ “i predios urbanos e rusticos”, nonché tutti gli alberi ed i frutti in quanto aderenti al suolo (artt. 45 e 50) e aveva ritenuto, in conformità alla tradizione precedente,¹⁴⁹ compatibili l'accessão

¹⁴⁶ Ríos Labbé, Sebastián, *op. cit.*, p. 566.

¹⁴⁷ Molti degli articoli dell'*Esboço* confluirono nel Codice di Beviláqua del 1916, tanto da esserne considerato la maggiore fonte innovativa “que contribuii cum quase 200 artigos. As fontes que superaram o Esboço estavam ligadas ao direito anterior ou à doutrina já vigente” (Karam, Munir, “O processo de codificação do direito civil brasileiro [da Consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua]. O sistema do Esboço”, in Schipani, Sandro [cur.], *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12-14, dicembre di 1983, Padova, Cedam, 1988, p. 338). Rispetto al tema di cui ci stiamo occupando, però, come vedremo, le soluzioni dell'*Esboço* furono seguite soprattutto dal CcArg/1869.

¹⁴⁸ Su questa impostazione c'è l'influenza di Demolombe, Charles, *Traité de la distinction des biens: de la propriété, de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, I, *Cours de Code Napoléon*, IX, 4a. ed., Paris, Auguste Durand Libraire, L. Hachette et C^{ie} Libraires, 1870, al quale Teixeira rinviava nella nt. 3 all'art. 44.

¹⁴⁹ Il Brasile del periodo coloniale regolamentava il rapporto tra edifici nel libro I, titolo LXVIII [Dos Almotacés], §§ 22-42 delle *Ordenações Filipinas*, che ha costituito la fonte degli artt. 932-945 della *Consolidação*; dal § 34 del medesimo libro e titolo emerge una forma di proprietà immobiliare divisa per piani, che, in particolare, ha costituito la fonte dell'art. 946 della *Consolidação*. Le *Ordenações Filipinas* risentivano dell'influenza delle *Ordenações Alfonsinas* e delle *Ordenações Manuelinas*. Si può dunque ritenere che il diritto luso-brasiliano e il diritto brasiliano precedente al CcBra/1916 permettesse una comunhão “pro diviso”. Così, Pontes de Miranda, Francisco, *Tratado de direito privado*, parte especial, XII, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 151. Sul Titolo *Dos Almotacés* delle *Ordenações Filipinas* cfr. Rocha dos Santos, Lourdes Helena-Leite de Castro, Fabio Caprio, “A evolução histórica e os novos horizontes da incorporação imobiliária e do condomínio edilício no direito brasileiro”, *Revista SÍNTESE Direito Imobiliário*, 29, Set./Out. 2015, p. 79, per i quali esso “regulava o conteúdo do direito de construção, de servidão, de vizinhança e uma forma ainda rudimentar do direito de condomínio. No § 34, as Ordenações determinavam que se a casa pertence a

(che menziona in qualche nota, senza invece dedicarvi un articolo¹⁵⁰) con il diritto reale di superficie¹⁵¹ e con una comunhão “*pro diviso*”,¹⁵² nell’*Esboço* egli adotta una soluzione molto diversa.

Innanzitutto nell’*Esboço* Teixeira de Freitas dedica diversi articoli al rapporto tra suolo e cosa su di esso aderente, basandone la disciplina sulla distinzione tra cosa principale e cosa accessoria (art. 376¹⁵³ e art. 377¹⁵⁴). Inoltre, a differenza che nella *Consolidação*, nell’*Esboço* “i predios urbanos e rusticos” non sono più considerati cose immobili per la loro natura, ma “immoveis por accessão accidental ao solo” (artt. 395 e 398). L’accessione è dettagliatamente disciplinata nell’*Esboço* come modo di acquisto del dominio perfetto (art. 4078 n. 1 nonché artt. 4139¹⁵⁵ e ss.), e nel suo ambito è prevista e regolata la costruzione con materiale altrui o su un terreno altrui (art. 4140 n. 6 e artt.

dois senhorios, a um pertence o sótão e ao outro o sobrado. Essa era a previsão das Ordenações da divisão da propriedade imobiliária por andares”.

¹⁵⁰ *Consolidação*, art. 885 nt. 2; art. 906 nt. 25; art. 1284 nt. 37. Si veda anche, Teixeira de Freitas, Augusto, “s. v. Accessão”, *Vocabulário jurídico, com appendices*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier-Livreiro Editor, 1882, p. 5, in cui spiega che si tratta di un modo di acquisto della proprietà a titolo originario e non richiama la *regula superficies solo cedit*. Si può però pensare che essa sia sottesa all’art. 60 e all’art. 61 dell’Appendice III al *Vocabulário jurídico*, ma anche qui l’accento è messo sulla distinzione tra elemento accessorio ed elemento principale: art. 60 “Quando as cousas estão, ou estiverão, natural ou artificialmente adherentes ao solo, ou ás cousas adherentes ao solo por elle produzidas, aquellas são ascousas accessorias, e o solo é a cousa principal”; art. 61 “Quando as cousas estão, ou estiverão, adherentes ás cousas adherentes ao solo que não são por elle produzidas, isto é, aos prédios rústicos e urbanos na superficie ou na profundidade do solo; aquellas são as cousas accessorias, e os prédios são a cousa principal”; *cf.* anche *id.*, *Promptuario das leis civis*, Rio de Janeiro, Instituto typographico do direito, 1876, pp. 24 ss.

¹⁵¹ Il diritto di superficie è richiamato da Teixeira de Freitas, come vigente fino al 1864, nella *Introdução alla Consolidação das Leis Civis*, I, 3a. edição mais augmentada (il testo dell’introduzione è quello della prima edizione, gli aggiornamenti sono nelle note), Rio de Janeiro, Livreiro edictor do Instituto historico, 1876, pp. LXXV, LXXIX, LXXX, CCXV e nella *Consolidação das Leis Civis*, I e II, *cit.*, art. 52 nt. 21; art. 884 nt. 1; art. 932, nt. 1; art. 1332 nt. 14.

¹⁵² Art. 946: Se uma casa fôr de dois dônos, pertencendo á um as lojas, e ao outro o sobrado, não póde o dono do sobrado fazêr janella, ou outra obra, sobre o portal das lojas. *Cfr.* Pontes de Miranda, Francisco, *Tratado de direito privado, cit.*, p. 151.

¹⁵³ Art. 376: Quando as cousas estão, ou estiverão, natural ou artificialmente adherentes ao solo, ou ás cousas adherentes ao solo por elle produzidas, aquellas são as cousas accessorias, e o solo é a cousa principal.

¹⁵⁴ Art. 377: Quando as cousas estão, ou estiverão, adherentes ás cousas adherentes ao solo que não são por elle produzidas, isto è, aos predios rusticos e urbanos na superficie o una profundidade do solo; aquellas são as cousas accessorias, e os predios são a cousa principal.

¹⁵⁵ Art. 4139: Adquire-se domínio por accessão (art. 4078 n.1), quando a alguma coisa móvel ou imóvel acrescêrem outras por produção dela (arts. 369 n. 1 e 372-375).

4188-4201) e la piantagione con piante e semi altrui o su un terreno altrui (art. 4140 n. 7 e artt. 4202-4204). La disciplina di queste ipotesi da parte di Teixeira de Freitas appare essere guidata dalla distinzione tra cosa principale e cosa accessoria (artt. 4189, 4192, 4197, 4204), in considerazione della quale la seconda segue le sorti della prima.¹⁵⁶

Inoltre, nell'*Esboço* Teixeira de Freitas non si limita a fissare il criterio del numero chiuso¹⁵⁷ dei diritti reali (artt. 3703 e 3706) e a non codificare il diritto di superficie (che infatti non risulta nell'elenco dei diritti reali di cui all'art. 3705, mentre era ancora previsto nella *Consolidação*), ma prevede alcuni articoli, purtroppo non corredati da note, che lasciano pensare ad una rigida applicazione, da parte sua, della regola *superficies solo cedit*. Mi riferisco in particolare agli artt. 4281 e 4282:

Art. 4281 Posto que alienáveis, também é proibido alienar imóveis por partes materiarias ou ideais que correspondam a qualquer divisão horizontal delas em sua superfície, em sua profundidade, ou em sua altura. Qualquer alienação neste sentido será nula, a não poder prevalecer como constituição de direito real em imóvel alheio, ou transmissão de uso ou gozo sem direito real;¹⁵⁸

Art. 4282 Incorre na proibição do artigo antecedente:

1. Quem alienar separadamente da profundidade do solo sua superfície, ou qualquer edificação, construção, obra, plantação, que seja acessório dele.
2. Quem alienar separadamente da superfície do solo sua profundidade, como minas e pedreiras subterrâneas.
3. Quem alienar separadamente andares de uma casa.

Il cambiamento, non irrilevante, tra la *Consolidação* e gli articoli dell'*Esboço* determinato dall'eliminazione della superficie tra i diritti reali è probabil-

¹⁵⁶ La distinzione tra cosa principale e cosa accessoria che in generale nell'*Esboço* è impiegata per regolare l'accessione (si veda ad esempio l'art. 4143: Todas as coisas acessórias segue mas coisas principais, de que são frutos, ou a que se incorporam, como partes integrantes delas, quanto a direitos reais sobre elas adquiridos; o que não impede, sem ofensa de tais direitos, que delas se disponha como partes desligadas, se a sua separação for possível. Quanto a direitos pessoais de uso ou gozo adquiridos sobre coisas a que naturalmente acederem outras, observar-se-á o disposto no art. 2408, se a aquisição for onerosa) è utilizzata anche nella disciplina delle ipotesi di costruzione, piantagione e semina.

¹⁵⁷ L'art. 3706 lascia pensare ad un *numerus clausus* per i diritti reali, che potrebbe aver influenzato Vélez per la redazione dell'art. 2502 del CcArg/1869. Diversamente da Moreira Alves, José Carlos, "A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador", *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, cit.*, p. 36, non credo che nell'adottare il sistema del *numerus clausus* Teixeira de Freitas abbia seguito il diritto romano.

¹⁵⁸ Come si vedrà *infra*, nt. 187, questo articolo dell'*Esboço*, potrebbe aver influenzato Vélez per la redazione dell'art. 2619 CcArg/1869.

mente spiegabile con l'introduzione, tra l'una e gli altri, della legge 1.237 del 24 settembre 1864 che nell'art. 6o.¹⁵⁹ non considera la superficie un onus reaes.¹⁶⁰ Allo stesso tempo si deve anche considerare che queste rigide soluzioni presenti nell'*Esboço* non erano riconducibili alle fonti interne al sottosistema latinoamericano,¹⁶¹ né ad altri Codici civili appartenenti al più ampio sistema giuridico romanistico.¹⁶²

Ci si può chiedere se queste soluzioni di Teixeira possano essere state influenzate dalla regola *superficies solo cedit*. Per quanto ho potuto verificare, il codificatore brasiliano non richiama tale regola né nella *Consolidação das Leis Cíveis* (nella quale però, come ho detto, menziona in qualche nota, senza invece dedicarvi un articolo, la *accessão* e, in più punti, la superficie), né nelle note agli articoli dell'*Esboço*, che sono assenti nell'ultima parte, ma talvolta particolarmente approfondite nel primo quarto.¹⁶³ Piuttosto, sembra prevalere nel suo approccio — come mostra anche uno sguardo al campo delle obbligazioni — una logica basata sulla distinzione tra elemento accessorio ed elemento principale, palese nell'art. 890 dell'*Esboço*, nella cui nota Teixeira di Freitas riferisce: *Accessoria sequuntur jus ac dominium rei principalis*.

Non troviamo un richiamo esplicito alla regola *superficies solo cedit* neppure nelle *Regras de Dirêito*,¹⁶⁴ nelle quali, invece, tra le regole riprodotte, si ritrova “Accessorio segue a naturêza do seu principál: *Accessorium sui principa-*

¹⁵⁹ Art. 6 *Lei* 1.237/1864: Somente se considerão onus reaes: 1 a servidão; 2 o uso; 3 a habitação; 4 a antichrese; 5 o usufructo; 6 o fôro; 7 o legado de prestações, ou alimentos expressamente consignado no imóvel. §10s outros ônus que os proprietários impuserem aos seus prédios se haverão como pessoais, e não podem prejudicar aos credores hipotecários...

¹⁶⁰ Il diritto di superficie era vigente in Brasile fino alla legge 1237 del 1864. Cfr. Pereira, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, II, 5a. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, rist. Brasília, BDJur, 2004, p. 75, nt. 115, il quale ricorda che l'art. 6, comma I, della citata legge non avrebbe indicato il diritto di superficie tra i diritti reali; Gomes, Orlando, *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Direito privado (novos aspectos)*, São Paulo, Livraria Freitas Bastos S. A., 1961, p. 81; Wald, Arnoldo, *Curso de direito civil brasileiro. Direito das coisas*, 10a. ed., São Paulo, Editora revista dos tribunais, 1995, p. 35, nt. 10; Barbosa, Diana Coelho, “O direito de superficie no novo Código Civil brasileiro”, *Revista Jurídica “9 de Julho”*, 1, 2002, p. 124.

¹⁶¹ Cfr. *supra* nt. 149.

¹⁶² Cfr. *supra* nt. 100.

¹⁶³ Come rilevato da Schipani, Sandro, “«Roma Americana» e Codice Civile del Brasile del 2003”, in Lanni, Sabrina (cur.), *Dez anos. Contributos per il primo decennio del nuovo Codice Civile brasiliano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 282, talvolta le note di Teixeira di Freitas costituiscono “veri saggi di elaborazione scientifica”, che mostrano la vasta formazione del codificatore.

¹⁶⁴ Teixeira de Freitas, Augusto, *Regras de dirêito. Seleção classica, em quatro partes, renovada para o Imperio do Brasil hatê hoje*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier-Livrêiro Editôr, 1882, pp. 258 ss., 402 ss. In generale, su questa opera cfr. Schipani, Sandro, “Il «méthodo didáctico» di Augusto

lis naturam sequitur”,¹⁶⁵ con l’aggiunta che si tratta di una regola applicata in tutte le materie,¹⁶⁶ per la quale talvolta c’è divergenza su cosa debba intendersi per accessorio.

Nonostante il codificatore brasiliano, almeno nelle opere che ho potuto verificare, non abbia fatto esplicito richiamo alla regola *superficies solo cedit*, non possiamo escludere che anche lui, come invece dirà esplicitamente Vélez nella nota all’art. 2503 CcArg/1869, non pensasse alla sua applicazione nel “derecho puro de los Romanos”.

In ogni caso, il fatto che nell’*Esboço* Teixeira de Freitas abbia esplicitamente previsto il divieto di divisione orizzontale e quello di alienazione della superficie, può essere a mio avviso solo in parte spiegato con l’introduzione della legge 1.237 del 1864.

Gli artt. 4281 e 4282 mostrano, infatti, che Teixeira potesse aver condiviso la soluzione della legge e scelto di non annoverare la superficie tra i diritti reali, ma la sua impostazione più rigida, palesata proprio dai due divieti, lascia emergere che il codificatore mentre nella *Consolidação das Leis Civis* propone un “extracto fiel” della “Legislação Civil”,¹⁶⁷ nell’*Esboço*, nel

Teixeira de Freitas (prime osservazioni)”, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, cit.*, pp. 549 ss.

¹⁶⁵ Teixeira de Freitas, Augusto, *Regras de direito, cit.*, p. 13.

¹⁶⁶ Basti pensare al ricorso a questa regola —citata da Teixeira de Freitas— da parte di Beviláqua, Clóvis, *Direito das coisas*, II, Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, rist. Brasília, BDJur, 2003, p. 162 nt. 2, a proposito dell’ipoteca a garanzia delle obbligazioni naturali: “O accessorio, a hypotheca, ha de seguir o destino do principal, a que accede; e então estará a hypotheca desprovida de execução, o que a tornaria inutil”. Anche l’accessione, secondo Cláudio Affonso, *Estudos de Direito Romano*, II, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro, Pap. e Typ. Marques Araujo & C., 1927, p. 240, si baserebbe su questa regola. In modo simile, Pereira, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, I, 5a. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, rist. Brasília, BDJur, 2004, p. 148, anche nt. 46, afferma che “A acessão assenta neste princípio fundamental —«que o acessório segue a sorte do principal»”, sulla quale, a sua volta, sarebbero basate diverse disposizioni in materia ipotecaria. Talvolta, però, la dottrina civilistica brasiliana cita la regola *superficies solo cedit* in merito all’ipoteca, per chiarire che non è possibile costituirla sull’edificio che insiste su un certo suolo separatamente da quest’ultimo. Si veda Pereira, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, II, *cit.*, pp. 74 s. e anche nt. 115, il quale, però, precisa che prima della legge 1237 del 1864 sarebbe stato possibile ipotecare la casa e non il suolo sul quale era costruita.

¹⁶⁷ In questo modo Teixeira de Freitas portava a termine l’incarico che gli era stato conferito dal Governo con il contratto del 15.02.1855: “Consolidará toda a Legislação Civil Patria com as mesmas condições da classificação. Consista a consolidação em mostrar o ultimo estado da Legislação. A Consolidação será feita por títulos, e artigos, em os quaes serão reduzidas á proposições claras e sucintas as disposições em vigor. Em notas correspondentes deverá citar a Lei, que autorisa a disposição; e declarar o costume, que estiver estabelecido contra, ou além do texto” (*Cf.* Meira, Silvio, *Teixeira de Freitas, O juriconsulto do Império*, Rio de Janeiro, José Olimpio Editora, 1978, p. 101). Per il metodo seguito dal giurista brasiliano per

quale il “seu espírito criador encontra terreno propício”,¹⁶⁸ senta di poter proporre soluzioni “nuove” e corrispondenti al suo pensiero.

Nonostante Clóvis Beviláqua nel *Projecto de Código Civil Brasileiro*¹⁶⁹ avesse previsto il diritto di superficie, il Codice del 1916 non lo include tra i diritti reali (art. 674)¹⁷⁰ e non contempla neppure la proprietà orizzontale.¹⁷¹ Come chiarisce Beviláqua, prevale “na sistemática do Código Civil, o princípio

la realizzazione della *Consolidação*, si veda la *Introdução* alla *Consolidação das Leis Civis*, pp. XXX ss.; Schipani, Sandro, “Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l’opera di A. Teixeira de Freitas (Prime osservazioni sulla nozione di “consolidação” e sulla sistematica dei fatti)”, *Studi sassaresi*, V, *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 594 ss.; *id.*, *La codificazione del diritto romano comune*, rist. accresciuta, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 330 ss.; Moreira Alves, José Carlos, *op. cit.*, pp. 26 ss.

¹⁶⁸ Moreira Alves, José Carlos, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁹ Beviláqua, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado, edição histórica*, vol. III, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979, pp. 1141 s., nel commentare l’art. 614, rilevava che il *Projecto* rivisto annoverava tra i diritti reali anche la superficie, ma che “Pareceu, porém, ociosa essa criação, que o Código civil da Alemanha reduziu ao direito, transmissível por ato entre vivos e por sucessão hereditária de ter construção em prédio alheio”; Beviláqua, infatti, approva la soluzione adottata da Vélez Sársfield nell’art. 2503 del Codice civile argentino del 1869, la quale —precisa Vélez— si rifaceva al diritto romano puro; Lira, Ricardo Cesar Pereira, “O moderno direito de superficie (Ensaio de uma Teoria General)”, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 35, 1979, p. 82.

¹⁷⁰ Pereira, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, I, *cit.*, pp. 26 ss. e nt. 25; *id.*, *Direito das coisas*, II, *cit.*, p. 75 nt. 115; Cláudio, Affonso, *op. cit.*, p. 331; Gondim Neto, Joaquim Guedes Correa, *Posse indireta*, Recife, impr. Industrial, 1943, p. 98; Lira, Ricardo Cesar Pereira, *op. cit.*, pp. 31 ss., 82 ss.; Pontes de Miranda, Francisco, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 198, il quale precisa che non si regolò il diritto di superficie, nemmeno nella forma ridotta del §1012 del BGB; Gomes, Orlando, *Direito reais*, 18a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002, p. 10; Pereira, Rodrigo Serra, “Direito de superficie: notícia histórica e questões tópicas à luz do Código Civil brasileiro de 2002”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 8, 2016, § 6, a proposito del diritto di superficie rileva che “O instituto passou ao Brasil por influência das Ordenações e continuou vigente durante o Império, pelo menos até 1864. Com efeito, neste ano o direito de superficie não figurou entre os direitos reais previstos no art. 6o. da Lei 1.237, de 24.09.1864 (lei hipotecária). O Código Civil de 1916 também não elencou o direito desuperficie entre os direitos reais”.

¹⁷¹ Rocha dos Santos, Lourdes Helena-Leite de Castro, Fabio Caprio, *op. cit.*, pp. 86 ss., rilevano il silenzio del Codice (“No entanto, quanto ao condomínio em prédios e edificações, ou condomínio horizontal, o Código simplesmente silenciou, assim como silenciou sobre a incorporação como negócio jurídico singular” p. 86) e ne criticano la scelta (“Vale lembrar que o Código revogou todo o texto das Ordenações, inclusive o único dispositivo que tratava do tema do condomínio em edifício. Tudo isso a um tempo em que as cidades e vilas brasileiras já tomavam novas e significativas proporções. Urgia o aparecimento de uma legislação moderna —e, nesse tocante, o Código já nascia ultrapassado!—, que desse conta de todos os problemas relacionados à crescente concentração de pessoas em prédios e comunidades”, p. 87); Calderale, Alfredo, “Possesso e proprietà nel nuovo codice civile brasiliano”, *Dez anos, cit.*, p. 238, spiega l’assenza della codificazione della proprietà orizzontale nel codice civile

superficies solo cedit; porque a superfície é uma parte do solo, que tão intimamente a êle se liga, pela própria natureza, que não se a pode transferir sem êle”.¹⁷² Insieme alla regola *superficies solo cedit* torna la menzione del legame con la natura.

Per la reintroduzione del diritto di superficie¹⁷³ nel diritto brasiliano si dovrà attendere¹⁷⁴ la *Lei federal* n. 10.257, del 10 luglio 2001, istitutiva dello *Estatuto da Cidade*, e il nuovo *Código Civil* (artt. 1225;¹⁷⁵ 1369-1377), mentre la proprietà orizzontale è stata reintrodotta partire dal decreto 5.481 del 25 giugno 1928 al quale sono seguiti diversi interventi,¹⁷⁶ fino ad arrivare alla legge 4.591 del 1964, la *lei dos Condomínio e Incorporações Imobiliárias*,¹⁷⁷ e al nuovo Codice civile del 2002 (artt. 1331 ss.).

3. *Dalmacio Vélez Sársfield: per il Código Civil de la República Argentina (1869) segue, nella disciplina del rapporto tra superficie e suolo, l'Esboço di Teixeira de Freitas*

Il Codice civile argentino di Dalmacio Vélez Sársfield, nella disciplina del rapporto tra superficie e suolo, segue l'*Esboço* di Teixeira de Freitas, più di quanto lo abbia fatto Clóvis Beviláqua per il Codice civile brasiliano del 1916.¹⁷⁸

del 1916 con la prevalenza, allora, di abitazioni ad un solo piano. Solo con la successiva urbanizzazione delle città si sarebbe presa in considerazione la proprietà orizzontale.

¹⁷² Beviláqua, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, *cit.*, p. 1142.

¹⁷³ Per i vari precedenti tentativi volti alla sua reintroduzione, si vedano Lira, Ricardo Cesar Pereira, *op. cit.*, pp. 85 ss.; Barbosa, Diana Coelho, *op. cit.*, p. 125.

¹⁷⁴ In realtà il *decreto-lei* 271 del 28 febbraio 1967 all'art. 7o. introduce un diritto reale con un contenuto assimilabile al diritto di superficie: É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social... *Cfr.* Gomes, Orlando, *Direito reais, cit.*, p. 10; Viana, Marco Aurelio S., *Comentários ao novo Código Civil*, XVI, *Dos direitos reais (arts. 1225-1510)*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 543.

¹⁷⁵ Art. 1225: São direitos reais: I-a propriedade; II-a superfície; III-as servidões; IV-o usufruto; V-o uso; VI-a habitação; VII-o direito do promitente comprador do imóvel; VIII-o penhor; IX-a hipoteca; X-a anticrese.

¹⁷⁶ Il *decreto-lei* 5.234 del 1943; la *lei* 285 del 1948. Su questi sviluppi, si veda Rocha dos Santos, Lourdes Helena-Leite de Castro, Fabio Caprio, *op. cit.*, pp. 87 ss.

¹⁷⁷ Gomes, Orlando, *Direito reais, cit.*, pp. 221 ss.; Rocha dos Santos, Lourdes Helena-Leite de Castro, Fabio Caprio, *op. cit.*, pp. 87 ss.

¹⁷⁸ Il Codice Civile brasiliano del 1916 pur non codificando il diritto di superficie, non aveva esplicitamente vietato né quest'ultimo né la proprietà per piani orizzontali.

Già la lettura degli artt. 2313 e 2314 CcArg/1869 seguita da quella degli artt. 395 e 398 dell'*Esboço* mostra come il modello, non confessato, del codificatore argentino fosse Teixeira. L'art. 2313¹⁷⁹ CcArg/1869 coincide con la prima parte dell'art. 395¹⁸⁰ dell'*Esboço* e l'art. 2314, secondo il quale “Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas ... todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre”, esclude che gli edifici rientrino in questa previsione, in modo simile all'art. 398 dell'*Esboço*, che considerava i prédios urbanos e rústicos cose immoveis por accessão accidental.

La nota di Vélez all'art. 2314 spiega le ragioni della mancata inclusione degli edifici tra gli inmuebles por su naturaleza, per quanto invece ammessa dal CcFr;¹⁸¹ a suo avviso, infatti, è, più corretto considerare gli edifici come cose immobili per accessione, come nel diritto romano:

Los edificios son designados en el Código Francés como inmuebles por su naturaleza, cuando en verdad sólo lo son por un hecho de accesión, tal es en efecto el origine que el Derecho Romano asigna a esta especie de inmovilización de los materiales que por su naturaleza eran muebles. *Omne quod solo inaedificatur solo cedit. Instit. De rer. div.*, § 29. Sobre este artículo véase Demolombe, tomo 9, desde el n. 96.

Quindi, in sostanza, la posizione di Vélez sulla concezione degli edifici, per il tramite del diritto romano —sebbene non del tutto compreso, perché come abbiamo visto¹⁸² i giuristi romani consideravano “naturale”, in quanto corrispondente alla realtà fisica, l'unione tra superficie e suolo— è più vicina all'*Esboço* di Teixeira de Freitas che al CcFr.

L'importante ruolo giocato dall'*Esboço* di Teixeira de Freitas per la codificazione di questa materia da parte di Vélez, è poi evidente se si considera che il CcArg/1869, da un lato codifica l'accessione¹⁸³ (Libro III, Título 5, Capítulo 3) come modo di acquisto della proprietà (artt. 2571 ss.) preveden-

¹⁷⁹ Art. 2313: Las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo.

¹⁸⁰ Art. 395: As cousas são immoveis, ou só por sua natureza, ou por accessão, ou pelo caracter representativo...

¹⁸¹ Art. 518: Les fonds de terre et les bâtimens sont immeubles par leur nature.

¹⁸² *Cfr. supra*, § II.4.

¹⁸³ Come sottolineato da Machado, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, VI, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1900, pp. 565 ss., questo modo di acquisto della proprietà non deve confondersi “con los accesorios a que virtualmente se entiende la propiedad de la cosa; pues el primero es un medio de adquirir, y el segundo un

do, all'interno di questa, le ipotesi della costruzione e della piantagione (artt. 2587 ss.), e dall'altro —qui l'influenza dell'*Esboço* è più forte— proibisce espressamente tanto il diritto di superficie quanto la proprietà orizzontale.¹⁸⁴

Anche laddove, in tema di costruzioni e piantagioni, e in particolare nell'art. 2519, il Codice civile argentino del 1869 sembra seguire il modello francese (art. 553 del *Code civil*), e ammettere implicitamente la possibilità che quanto insiste sul suolo possa non appartenere al proprietario di quest'ultimo, l'interpretazione della dottrina argentina è più restrittiva di quella prevalsa —per il corrispondente articolo— nel diritto francese.¹⁸⁵

Secondo l'art. 2519: “Todas la construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera que sea el valor de los trabajos”.

Si dovrebbe dunque ritenere che se la presunzione non fosse confermata, allora vi sarebbe un implicito riconoscimento del diritto di superficie. Questa interpretazione, però, non solo è contraddetta dall'art. 2614 CcArg/1869 che, come vedremo, proibisce esplicitamente la costituzione del diritto di superficie, ma respinta anche dalla dottrina, la quale considera il richiamo alla prova contraria contenuto nell'art. 2519 CcArg/1869 come “un evidente error”.¹⁸⁶

título o presunción de propiedad, aunque el Código considera como accesorios a los acrecentamientos de tierra”.

¹⁸⁴ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, I, 3a. ed., Buenos Aires, Perrot, 1984, pp. 19 ss., 400; Alberdi Imas, Luana, “Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, año 16 n. 49, 2019, p. 119, la quale, però, non mi sembra mettere nel giusto risalto la posizione più fortemente di tutela del carattere assoluto del dominio assunta da Vélez rispetto agli altri codificatori europei e latinoamericani.

¹⁸⁵ *Cfr. supra*, nt. 119, e Alterini, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *cit.*, p. 12.

¹⁸⁶ Così, Borda, Guillermo A., *op. cit.*, p. 237. *Cfr.* anche Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, III, *Derechos reales*, 4a. ed. actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañaraz, Buenos Aires, Tipográfica editora Argentina, 1959, p. 613 (nel vol. II, si veda n. 660 e n. 1071 ss.). Laddove la dottrina non parla di errore, propone tuttavia un'interpretazione volta a limitare del tutto il ruolo della prova contraria: Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VI, *cit.*, p. 500, nella nota all'art. 2519, osserva che la presunzione di proprietà della costruzione, non è da intendere nel senso che il proprietario del suolo non fosse proprietario anche della costruzione e che questa sarebbe potuta appartenere ad un altro, “sino que han sido pagadas o costeadas por él; así la prueba en contra que se admite no es para demostrar la propiedad del que las ejecutó, que no pudo adquirir; sino para el pago del valor de ellas”; Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, VII, 3a. ed., Buenos Aires, Librería y Editorial “La Facultad”, 1931, pp. 318 ss., ritiene che la prova possa servire solo per stabilire un'obbligazione a carico del

Inoltre, come ho anticipato, Dalmacio Vélez Sársfield, a differenza di Bello, ma sulle orme di Teixeira de Freitas,¹⁸⁷ non si accontenta di non prevedere e non disciplinare il diritto di superficie tra i diritti reali (art. 2503), ma assume una posizione più rigida, che non mi sembra avere un precedente in altri Codici civili, se non appunto nell'*Esboço*,¹⁸⁸ cioè vieta esplicitamente il diritto di superficie¹⁸⁹ e la proprietà orizzontale:¹⁹⁰

proprietario del terreno, ma non per provare la proprietà; Alterini, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *cit.*, p. 12, segnala che la dottrina non ha riconosciuto che la prova contraria di cui all’art. 2519 potesse vertere sulla proprietà. Diversa sembra, invece, l’interpretazione di Dillon, Gregorio Alberto, “art. 2519”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, I, *Artículos 2311 a 2610*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007 p., 657, per il quale la prova riguarderebbe piuttosto “la «propiedad» de esas cosas adheridas al inmueble”.

¹⁸⁷ Sull’influenza dell'*Esboço* di Teixeira de Freitas per questa parte del codice di Vélez Sársfield, si veda Machado, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, VII, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1900, p. 14, nella nt. all’art. 2617; Segovia, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por Lisandro Segovia*, II, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, 1881, p. 114, a proposito dell’art. 2619; Llerena, Baldomero, *op. cit.*, p. 425; Bendersky, Mario J., *op. cit.*, p. 12; Alterini, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *cit.*, p.10; Lopez Castiñeira, José Luis, “art. 2503”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, I, *Artículos 2311 a 2610*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 591, rileva che Vélez si ispirò a Teixeira de Freitas per l’enumerazione dei diritti reali.

Più in generale, in dottrina è stata segnalata una incisiva influenza dell'*Esboço* di Teixeira de Freitas sul Codice di Vélez: Machado, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, I, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1898, p. XIII; Segovia, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por Lisandro Segovia*, I, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, 1881, pp. XIX ss.; Sa Vianna, Manuel Alvaro de Sousa, *Augusto Teixeira de Freitas, Traços biographicos*, Rio de Janeiro, Typ. Hildebrand-R. dos Onrives, 1905, pp. 235 ss.; Meira, Silvio, *op. cit.*, pp. 294 ss., 318 ss.; Pontes de Miranda, Francisco, *Fontes e evolução*, *cit.*, p. 459, il quale aggiunge anche che il “Código civil argentino constitui o grande mediador do gênio jurídico sul-americano, conduz para o futuro e para os outros Códigos a inspiração de Teixeira de Freitas, mais fielmente do que o próprio Código civil brasileiro”; Wald, Arnoldo, “A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano”, *Revista de Informação Legislativa*, 41, n. 163, 2004, p. 257; Karam, Munir, “O processo de codificação”, *cit.*, p. 338.

¹⁸⁸ Artt. 4281 e 4282 dell'*Esboço*.

¹⁸⁹ Insieme al divieto di costituzione del diritto di enfiteusi e alla previsione di limiti alla imposizione di censos e rentas. Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VII, *cit.*, pp. 12 ss.; Llerena, Baldomero, *op. cit.*, pp. 422 ss.; Lopez Castiñeira, José Luis, “art. 2614”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, II, *Artículos 2611 a 2969*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 28 ss.

¹⁹⁰ Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VII, *cit.*, pp. 12 ss., commentando l’art. 2517, ritiene che la divisione “de los edificios por pisos”, pur ammessa dalla legislazione precedente e da diversi Codici moderni, avrebbe comportato diversi svantaggi: “paraliza la circulación de la propiedad, que es una de las fuentes de la riqueza nacional, la inmovilizan

Art. 2614: Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna (Derogado por ley 25.509);

Art. 2617: El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad (Derogado por ley 13.512).

Si trattava di una scelta coerente¹⁹¹ con la concezione ampia di proprietà codificata nell'art. 2518¹⁹² CcArg/1869.

La grande attenzione di Vélez a non limitare il diritto di proprietà,¹⁹³ conformemente alle idee del suo tempo, è alla base della non inclusione della superficie e dell'enfiteusi tra i diritti reali.¹⁹⁴ La nota del codificatore all'art. 2503 CcArg/1869 non lascia alcun dubbio:

No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no puedan tener lugar. El derecho del superficiario consistía en el poder hacer obras, como edificar casas... En Roma, según las reglas del Derecho Civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad

por decirlo así, dando a las ciudades un aire de antigüedad y privando las transacciones de que pudieren ser objeto, perjudicando a la renta y a los mismos dueños"; Llerena, Baldomero, *op. cit.*, p. 425, secondo il quale il tenore dell'art. 2617 permetterebbe solo "una división de uso, como si en una casa de dos pisos uno tomase los altos y otro los bajos, como medio de disfrutar de la propiedad común"; Bendersky, Mario J., *op. cit.*, p. 7 ss.; Alterini, Jorge H., "Superficie forestal", *Anuario Dpto. Dex. Priv., Revista de Notariado*, 873, 2003, pp. 121 ss. (=da cui si cita *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Derecho inmobiliario. Reales*, VI, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 1092).

¹⁹¹ Così, Alterini, Jorge H., "Derecho real de superficie", *cit.*, p. 10.

¹⁹² Art. 2518 CcArg/1869: "La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio".

¹⁹³ Mi permetto di rinviare a Calore, Emanuela, "Potere del proprietario e interesse della collettività nel nuovo codice civile e commerciale argentino", in Cardilli, Riccardo e Esborraz, David Fabio (curr.), *Nuovo Codice Civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Milano Wolters Kluwer, 2017, pp. 693-718.

¹⁹⁴ Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VI, *cit.*, pp. 478 ss., evidenzia come si sia trattato di una soppressione di diritti precedentemente ammessi: "El Código ha suprimido la enfiteusis, el derecho superficiario, la división que las leyes antiguas concedían sobre los edificios, atribuyéndoles a unos la propiedad de un piso y a otros los del superior, así como las capellanías". Si veda anche *id.*, *Exposición y comentario del código civil argentino*, VII, *cit.*, pp. 12 ss.

del suelo... Mas después el derecho Romano Pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo... Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los Romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos.

In questa nota Vélez con le parole “las reglas del Derecho Civil” richiama la regola *superficies solo cedit* ma, pur consapevole degli sforzi compiuti, in particolare dal pretore, per l’elaborazione nel diritto romano del diritto di superficie¹⁹⁵, preferisce non accogliere questo diritto reale nel Codice civile argentino, convinto che deteriorerebbe la proprietà immobiliare e creerebbe difficoltà e liti tra i proprietari dei terreni. Questo timore vale più in generale per la molteplicità dei diritti reali:

La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión eos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos...¹⁹⁶

È similmente eloquente la nota di Vélez all’art. 2617 CcArg/1869, dalla quale emerge la consapevolezza della diversa scelta adottata nella maggior parte dei Codici civili stranieri in merito al riconoscimento della proprietà per piani orizzontali e, allo stesso tempo, la convinzione a non seguire questo esempio, considerato fonte di problemi:

La mayoría de los Códigos extranjeros lo permiten, entrando luego a legislar sobre las escaleras o pasadizos de las diversas parte del edificio. La división horizontal, dando a uno los bajos y a otro los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos, o sobre servidumbres, o sobre los lugares que son indispensables para el tránsito en los diversos altos de un edificio. En tales casos, la propiedad del que ocupa el suelo no puede ser definida, y sin duda que no podría mudar sus formas.

Alla base della scelta di Vélez vi era, oltre che l’adesione a un’economia liberale che guardava con sospetto qualsiasi limitazione al diritto di proprie-

¹⁹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacon, Alicia, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 4 ss.

¹⁹⁶ Nota all’art. 2502.

tà, la mancanza di un'esigenza concreta, nella realtà sociale e geo-politica, di prevedere istituti come il diritto di superficie e la proprietà per piani orizzontali. La vastità dei territori non urbanizzati in Argentina —così come in molti altri Paesi dell'America Latina— non spingeva probabilmente il codificatore a recepire diritti reali tra l'altro avvertiti come “pericolosi”¹⁹⁷ rispetto alla proprietà.

La preoccupazione principale di Vélez fu, piuttosto, quella di costruire un concetto di proprietà forte¹⁹⁸ che potesse incentivare lo sfruttamento “de las inmensas pampas desiertas”,¹⁹⁹ tanto che il suo Codice civile fu indicato come un “Código colonizador”.²⁰⁰

Nel XX secolo, però, anche in considerazione delle mutate condizioni di urbanizzazione, la dottrina²⁰¹ non mancò di dare risalto alle conseguenze negative del mancato riconoscimento del diritto di superficie e della proprietà per piani orizzontali e —in modo simile all'operato dei giuristi romani e del pretore— a proporre soluzioni alternative.

¹⁹⁷ Cichero, Néstor, “División Horizontal de la Propiedad Edificada. Régimen de la Ley n. 13.512”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*, III, 12, 1948, pp. 949 ss. Come osserva Causse, Jorge Raúl, “Ley 13.512”, *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, II, *cit.*, pp. 378 ss., la resistenza alla divisione orizzontale degli edifici che si legge nell'art. 2617 “en abierta pugna con lo que disponía el artículo 664 del Código civil francés de 1804 —una de sus fuentes esenciales—, respondía a una realidad incontrastable: la extensión de nuestro territorio era inversamente proporcional a la cantidad de población estable, por lo que no se justificaba al edificación en altura. Ésa no era la situación en la Europa continental, donde el espacio aún constituye un elemento vital, de manera que era razonable la sanción de aquella norma que, praciamente, adaptaba costumbres imperantes en las ciudades donde la compropiedad por pisos era más usual y tuvo mayor difusión”.

¹⁹⁸ Machado, José Olegario, *Exposición y comentario*, VII, *cit.*, pp. 12 ss., rileva che lo scopo dell'art. 2503 è di evitare smembramenti della proprietà “que vienen a inmovilizarla, sacándola casi del comercio, y haciéndole perder su carácter de cambio, de movimiento y transformación”; Bustamante Alsina, Jorge, “El carácter absoluto del dominio. El pensamieto del Vélez Sársfeld e la reforma del 1968”, *Lecciones y Ensayos*, 40-41, 1969, pp. 85 ss.; Micieli, Laura L., “Derecho de superficie: su resurgir, tal la idea del derecho romano en el nuevo Código Civil argentino”, in Adame Goddard, Jorge e Hereida Velázquez, Horacio (edd.), *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, México, UNAM, 2017, pp. 343 ss.

¹⁹⁹ Così, Borda, Guillermo A., *op. cit.*, pp. 19, 400. Si veda anche Papaño, Ricardo José-Kiper, Claudio Marcelo-Dillon, Gregorio Alberto-Causse, Jorge Raúl, *Derecho civil, Derechos reales*, I, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, p. 582 ss.

²⁰⁰ Zeballos, Estanislao Severo, *La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain. Conférences faites à la Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Buenos-Aires*, I, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, L. Tenin Directeur, 1914, p. 216.

²⁰¹ Per una panoramica dell'impegno della dottrina su questo fronte, *cf.* Bendersky, Mario J., *op. cit.*, pp. 26 ss.; Kiper, Claudio Marcelo, *op. cit.*, p. 92; Alterini, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *cit.*, pp. 12 ss.; Micieli, Laura L., *op. cit.*, pp. 345 ss.

L'impulso della dottrina diede vita a diversi progetti²⁰² volti a regolare la proprietà per piani orizzontali e condusse all'abrogazione dell'art. 2617 CcArg/1869 da parte dell'art.18 della legge 13.512 del 1948²⁰³ e infine al riconoscimento della proprietà orizzontale²⁰⁴ nel nuovo Codice civile e commerciale del 2015 (artt. 1887; 2037 ss.); in modo simile —per mezzo della legge 25509 del 2001— gli sforzi della dottrina condussero all'inclusione della superficie forestale tra i diritti reali elencati nell'art. 2503 del CcArg/1869, e alla codificazione del diritto di superficie tra i diritti reali²⁰⁵ nel nuovo Código Civil y Comercial de la Nación, artt. 1887; 2114²⁰⁶-2128.

IV. CONCLUSIONI

L'analisi delle fonti mostra che la regola *superficies solo cedit* esprimeva “plasticamente” il legame naturale esistente tra superficie e suolo, il quale induceva i giuristi romani a ricondurre allo *ius naturale* o alla *naturalis ratio* l'appartenenza al proprietario del suolo di quanto da chiunque su di esso costruito, piantato o seminato: il *cedere* e il *coherere* della *superficies* al *solum* non permettevano di considerare dal punto di vista naturale la prima come autonoma rispetto al secondo.

²⁰² Per un'analisi dei progetti precedenti alla legge 13512 del 1948, *cf.* Bendersky, Mario J., *op. cit.*, pp. 26 ss.

²⁰³ Art.18 della legge 13512/1948: “A los efectos de la presente ley, quedan derogados los artículos 2617, 2685 *in fine* y 2693 del Código Civil, así como toda otra disposición que se oponga a lo estatuido en esta ley”. *Cfr.* Borda, Guillermo A., *op. cit.*, pp. 400, 560; Bendersky, Mario J., *op. cit.*, p. 26.

²⁰⁴ Malizia, Roberto, “art. 1887”, in Herrera, Marisa-Caramelo, Gustavo-Picasso, Sebastián (dirr.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, V, Libro Cuarto. Artículos 1882 a 2276*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 140 ss.

²⁰⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Presentación del Proyecto”, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. VIII; Causse, Federico J. e Pettis, Christian R., “art. 1887”, in Herrera, Marisa-Caramelo, Gustavo-Picasso, Sebastián (dirr.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, V, Libro Cuarto. Artículos 1882 a 2276*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 6 ss.; Rosas, Carolina Vanesa, “Los derechos reales en el Código Civil y Comercial”, *Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial*, 3, 2015, pp. 95 ss.

²⁰⁶ Il Titolo VII (Superficie) del libro IV (Derechos reales) si apre con l'art. 2114: “Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”.

Il rapporto giuridico tra superficie e suolo, risultate dalla *regula superficies solo cedit*, rispecchiava dunque quanto avveniva nella realtà; per questo l'appartenenza al suolo di quanto su di esso insistente, era considerata conforme alla natura. Invece, meno rilevante sembra essere stata per i giuristi romani la distinzione tra elemento principale ed elemento accessorio, che nella tradizione romanistica, forse anche grazie alla costruzione della categoria unitaria dell'accessione, ha acquisito un ruolo rilevante anche per le ipotesi di *inaedificatio*, *implantatio* e *satio*. Inoltre, completamente estraneo dal ragionamento dei giuristi era il riconoscimento di un valore assoluto e assorbente della proprietà romana.

La scelta di Bello, Teixeira de Freitas e Vélez Sársfield di codificare, tra le ipotesi di accessione, le fattispecie di costruzione, piantagione e semina (con materiali altrui su un fondo proprio o con materiali propri su un fondo altrui), ma di non riconoscere (Bello per il CcChi) o addirittura proibire esplicitamente la proprietà per piani orizzontali e il diritto di superficie (Teixeira de Freitas per l'*Esboço* e Vélez Sársfield per il CcArg/1869), potrebbe far pensare che i codificatori del XIX secolo siano stati influenzati da una lettura —non corrispondente alle fonti romane— della *regula superficies solo cedit* in chiave di assolutismo della proprietà fondiaria romana o di individualismo.²⁰⁷

La regola *superficies solo cedit*, invece, non è stata citata secondo questa prospettiva, dai tre codificatori, i quali, però, forse non vi leggevano²⁰⁸ più neppure quel significato di impossibilità “naturale” di considerare quanto insiste sopra il suolo come autonomo rispetto a quest'ultimo, che invece era alla base della regola nel diritto romano.

Vélez Sársfield richiama esplicitamente nella nota all'art. 2503 CcArg/1869 sia questa regola che il successivo intervento del pretore e ritiene più conveniente accettare “el derecho puro de los Romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno”.

Si tratta di una scelta che per la sua rigidità si allontana dal modello europeo di quello stesso periodo e che conferma l'individuata peculiarità del sistema giuridico latinoamericano,²⁰⁹ in quel momento chiamato a rispon-

²⁰⁷ Si veda *supra* § I.

²⁰⁸ Si pensi alla diversa posizione di Teixeira de Freitas sui predios urbanos e rusticos, rispettivamente nella *Consolidação* e nell'*Esboço* (*supra* § III.2) e alla nota di Vélez all'art. 2314 CcArg/1869 (*supra* § III.3).

²⁰⁹ Più in generale, sulla specificità del sistema giuridico latinoamericano, Guzmán Brito, Alejandro, “Mos latinoamericanus iura legendi”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 1, 1996, pp. 15 ss.; Schipani, Sandro, *La codificazione del diritto*, cit., p. 136; Esborraz, David Fabio, “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno

dere ad esigenze diverse, come quella di incentivare lo sfruttamento dei vasti territori di quei Paesi.²¹⁰ Per questo, probabilmente, Bello non codifica il diritto di superficie e la proprietà orizzontale e Vélez, sull'esempio dell'*Esboço Teixeira*, li vieta esplicitamente.

V. BIBLIOGRAFIA

- ALBERDI IMAS, Luana, "Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, año 16 n. 49, 2019.
- ALTERINI, Jorge H., "Derecho real de superficie", *Revista del Notariado*, 850, 1997.
- ALTERINI, Jorge H., "Superficie forestal", *Anuario Dpto. Der. Priv., Revista de Notariado*, 873, 2003 (=da cui si cita *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Derecho inmobiliario. Reales*, VI, Buenos Aires, La Ley, 2012).
- APATHY, Peter, "Paul. D. 46.3.98.8-Zur Ersatzpflicht bei inaedificatio", *Jura*, 42, 1991.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Napoli, 1978, rist. anast., Napoli, Jovene, 1991.
- AUBRY, Charles et Rau, Charles, *Cours de droit civil français*, II, 4a. ed., Paris, Marchal, Billard & C^{ie}, 1869.
- AZCÁRATE, Gumersindo de, *Código Civil de la República de Chile precedido de un juicio crítico*, Madrid, Carcía y Caravera, 1881.

proprio del sistema jurídico romanista: I. La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX", *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 21, 2006, pp. 5 ss.; *id.*, "La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista: II. La contribución de la ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX", *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 24, 2007, pp. 34 ss.; Saccoccio, Antonio, "Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia", in Saccoccio, Antonio-Cacace, Simona (curr.), *Sistema giuridico latinoamericano*, Torino, Giapichelli, 2019, pp. 41 ss.

²¹⁰ È in linea con questo obiettivo, per fare un esempio, l'art. 72 §§ 17 e 27 della Costituzione da República dos Estados Unidos do Brasil del 1891: Art 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

... § 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

... § 27. A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

- BARBOSA, Diana Coelho, “O direito de superfície no novo Código Civil brasileiro”, *Revista Jurídica “9 de Julho”*, 1, 2002.
- BEHREND, Okko, “Das Kunstwerk in der Eigentumsordnung oder: Der Kunstbegriff der vorklassischen Jurisprudenz im Rahmen ihrer Weltdeutung”, *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert: 15. Mai 1954 bis 21. März 2006*, HOYER, Andreas et al. (hrsgg.), Baden-Baden, Nomos, 2008.
- BELLO, Andrés, *Instituciones de derecho romano*, ed. de Santiago, 1849, riprodotta in *Obras Completas de Andrés Bello*, XVII, 2a. ed. facsimilar, Caracas, La casa de Bello, 1981.
- BENDERSKY, Mario J., “Introducción al estudio de la propiedad horizontal”, *Lecciones y Ensayos*, 26, 1964.
- BESELER, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1910.
- BESELER, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1913.
- BESELER, Gerhard, “Einzelne Stellen (Miscellen)”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 45, 1925.
- BESELER, Gerhard, “Maenianum und Superficies (Miscellen)”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 52, 1932.
- BETTI, Emilio, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2a. ed., rist. inalt., Padova, Cedam, 1947.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, commentado, edição histórica*, vol. III, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das coisas*, II, Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1942, rist. Brasília, BDJur, 2003.
- BIONDI, Biondo, *La categoria romana delle servitutes*, Milano, Società editrice “Vita e pensiero”, 1934.
- BONFANTE, Pietro, *Corso di diritto romano*, II.2, *La proprietà*, rist. corretta della, Milano, Giuffrè 1968.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, I, 3a. ed., Buenos Aires, Perrot, 1984.
- BORZUTZKY ARDITI, Alejandro, *El derecho de superficie*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1971.
- BRANCA, Giuseppe, “Considerazioni intorno alla proprietà superficiaria nel diritto giustiniano”, *Mélanges Fernand de Visscher*, III, *RIDA*, 4, 1950.
- BRANCA, Giuseppe, “s. v. accessione”, *ED*, I, Milano, Giuffrè, 1958.
- BURDESE, Alberto, “Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica”, *RISG*, 7, 1954.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “El carácter absoluto del dominio. El pensamiento del Vélez Sársfield y la reforma del 1968”, *Lecciones y Ensayos*, 40-41, 1969.
- CALDERALE, Alfredo, “Possesso e proprietà nel nuovo Codice Civile brasiliano”, in LANNI, Sabrina (cur.), *Dez anos, Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- CALORE, Emanuela, “Potere del proprietario e interesse della collettività nel nuovo codice civile e commerciale argentino”, in CARDILLI, Riccardo e ESBORRAZ, David Fabio (curr.), *Nuovo Codice Civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Milano Wolters Kluwer, 2017.
- CARDILLI, Riccardo, “Schemi giuridici dell’appartenenza della terra nella tradizione civilistica e diritto russo”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 34, 2013.
- CAUSSE, Federico J. e PETTIS, Christian R., “art. 1887”, in HERRERA, Marisa-CARAMELO, Gustavo-PICASSO, Sebastián (dirr.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, V, Libro Cuarto. Artículos 1882 a 2276*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016.
- CAUSSE, Jorge Raúl, “Ley 13.512”, in KIPER, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales, II, Artículos 2611 a 2969*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- CICHERO, Néstor, “División Horizontal de la Propiedad Edificada. Régimen de la Ley n. 13.512”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*, III, 12, 1948.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, II, *De los bienes*, Santiago, Cervantes, 1930, tomo séptimo, rist. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- CLÁUDIO, Affonso, *Estudos de Direito Romano*, II, *Direito das cousas*, Rio de Janeiro, Pap. e Typ. Marques Araujo & C., 1927.
- CORLAY, Paul, “Chronique de droit des biens”, *Revue juridique de l’Ouest*, 3, 1990.
- COVIELLO, Nicola, “Della superficie”, *Archivio giuridico*, 49, 1892.
- CURSI, Maria Floriana (cur.), *Gli illeciti privati, XII Tabulae. Testo e commento*, II, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018.
- DEMOLOMBE, Charles, *Traité de la distinction des biens: de la propriété, de l’usufruit de l’usage et de l’habitation*, I, *Cours de Code Napoléon*, IX, 4a. ed., Paris, Auguste Durand Libraire, L. Hachette et C^{ie} Libraires, 1870.
- DIDIER, Philippe, “Les diverses conceptions du droit naturel à l’oeuvre dans la jurisprudence romaine des II^e et III^e siècles”, *SDHI*, 47, 1981.

- DILLON, Gregorio Alberto, “art. 2519”, in KIPER, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales, I, Artículos 2311 a 2610*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- ESBORRAZ, David Fabio, “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista: I. La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 21, 2006.
- ESBORRAZ, David Fabio, “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista: II. La contribución de la ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 24, 2007.
- FLUME, Werner, “Die Bewertung der Institutionen des Gaius”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 79, 1962.
- FRESE, Benedict, “Viva vox iuris civilis”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 43, 1922.
- FUHRMANN, Manfred, “Zur Entstehung des Veroneser Gaius-Textes”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 73, 1956.
- GAGLIARDI, Lorenzo, “La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari: dalle azioni in personam alle azioni in rem”, in GAROFALO, Luigi (cur.), *“Actio in rem” e “actio in personam”. In ricordo di Mario Talamanca, II*, Padova, Cedam, 2011.
- GOMES, Orlando, *Direito reais*, 18a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.
- GOMES, Orlando, *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Direito privado (novos aspectos)*, São Paulo, Livraria Freitas Bastos S. A., 1961.
- GONDIM NETO, Joaquim Guedes Correa, *Posse indireta*, Recife, impr. Industrial, 1943.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Manuel, “Construcción en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno: una aproximación dogmática al inciso segundo del artículo 669 del Código civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28, julio 2017.
- GRIESE, Lennart, *Die Nutzung von Land nach römischem Recht. Ordnungsmodelle für die Kolonien und für die Provinz*, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- GROSSO, Giuseppe, “L’efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia”, *Studi Urbiniati*, II, 1-2, 1928 (=da cui si cita, *Scritti Storico giuridici*, III, *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, Giappichelli, 2001).
- GROSSO, Giuseppe, “Prospettive in materia di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo”, *BIDR*, 64, 1961 (=da cui si cita, *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, Giappichelli, 2001).

- GROSSO, Giuseppe, “Rc. a Biondo Biondi, La categoria romana delle servitutes”, *SDHI*, 1, 1919 (=da cui si cita, *Scritti storico giuridici*, IV, *Recensioni e ricordi*, Torino, Giappichelli, 2001).
- GROSSO, Giuseppe, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino, Giappichelli, 1970.
- GROSSO, Giuseppe, “Servitù ad tempus e concezione economica liberistica della proprietà”, *Iura*, 20, 1969 (=da cui si cita, *Scritti giuridici*, II, *Diritto privato, cose e diritti reali*, Torino, Giappichelli, 2001).
- GUARINO, Antonio, “Gaio e l’edictum provinciale”, *Iura*, 20, 1969 (=da cui si cita, *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, Jovene, 1994).
- GUARNERI, Attilio, “Il Código Civil cileno e suoi modelli: alcune osservazioni”, *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso Internacional, Roma, 10/12, diciembre 1981*, Caracas, La casa de Bello, 1987.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La formación del sistema general del Código Civil de Chile y los sistemas de los códigos existentes hacia 1852”, in MARTINIC G., María Dora y TAPIA R., Mauricio (dirr.) y RÍOS L., Sebastián, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, I, Santiago, LexisNexis, 2005.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La sistemática del Código Civil de Andrés Bello”, *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso Internacional, Roma 10/12 diciembre 1981*, Caracas, La casa de Bello, 1987.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Mos latinoamericanus iura legendi”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 1, 1996.
- HORAK, Franz, “Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo”, I, Aalen, Scientia Verlag, 1969.
- HUMBERT, Michel, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome, École Française de Rome, 2018.
- KARAM, Munir, “O processo de codificação do direito civil brasileiro (da Consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua). O sistema do Esboço”, in SCHIPANI, Sandro (cur.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12-14, dicembre di 1983, Padova, Cedam, 1988.
- KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2a. ed., München, C. H. Beck’s Verlagsbuchhandlung, 1971.

- KASER, Max, “Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht”, *ZSS*, 65, 1947.
- KASER, Max, “Gaius und die Klassiker”, *ZSS*, 70, 1953.
- KASER, Max, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 1993.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y Puerta de Chacon, Alicia, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- KIPER, Claudio Marcelo, “El derecho real de superficie forestal”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 21, 2006.
- KNIEP, Ferdinand, *Vacua Possessio*, I, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1886.
- KRÜGER, Hugo, *Die prätorische Servitut*, Münster, Copenrath, 1911.
- KÜBLER, Bernhard, “s. v. superficies”, *PWRE*, IVA, 1, Stuttgart, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, 1931.
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca, “La formación histórica del modo de adquirir denominado «accesión»”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29, segundo semestre de 2007.
- LENEL, Otto, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3a. ed., Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927.
- LIEBS, Detlef, “Il Codexsystem. L’aggiornamento della sistemazione del diritto romano in età tardoantica”, in Aldo Schiavone (cur.), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, Giappichelli, 2017.
- LIEBS, Detlef, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7a. ed., München, C. H. Beck 2007.
- LIEBS, Detlef, “Ulpiani opinionum libri VI”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 41, 1973.
- LIRA, Ricardo Cesar Pereira, “O moderno direito de superficie (Ensaio de uma Teoria General)”, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 35, 1979.
- LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, VII, 3a. ed., Buenos Aires, Librería y Editorial “La Facultad”, 1931.
- LOMBARDI, Gabrio, *Sul concetto di “ius gentium”*, Roma, 1947.
- LOPEZ CASTIÑEIRA, José Luis, “art. 2503”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, I, *Artículos 2311 a 2610*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- LOPEZ CASTIÑEIRA, José Luis, “art. 2614”, in Kiper, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-bibliografía, Derechos reales*, II, *Artículos 2611 a 2969*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

- LORENZETTI, Ricardo Luis, “Presentación del Proyecto”, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, I, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1898.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, VI, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1900.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, VII, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1900.
- MADDALENA, Paolo, “Accedere e cedere nelle fonti classiche”, *Labeo*, 17, 1971.
- MALIZIA, Roberto, “art. 1887”, in HERRERA, Marisa-CARAMELO, Gustavo-PICASSO, Sebastián (dirr.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, V Libro Cuarto. Artículos 1882 a 2276*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira, “La proprietà per piani nel diritto romano”, *Index*, 18, 1990.
- MAROI, Fulvio, “Elementi religiosi del diritto romano arcaico”, *Archivio Giuridico*, 109, 1933.
- MAROI, Fulvio, “La proprietà degli alberi separata da quella del fondo”, *SDHI*, 1, 1935.
- MARTINI, Remo, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, Giuffrè, 1966.
- MARTINI, Remo, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, Giuffrè 1969.
- MASCHI, Carlo Alberto, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, Società editrice “Vita e pensiero”, 1937.
- MASCHI, Carlo Alberto, “Proprietà divisa per piani, superficie e l’estensione ai provinciali del principio «superficies solo cedit»”, *Synteleia. Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, Jovene, 1952.
- MAYER-MALY, Theo, “Studien zur Frühgeschichte der usucapio II”, *ZSS*, 78, 1961.
- MEINCKE, Jens Peter, “Superficies solo cedit”, *ZSS*, 88, 1971.
- MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas, O jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro, José Olímpio Editora, 1978.
- MICIELI, Laura L., “Derecho de superficie: su resurgir, tal la idea del derecho romano en el nuevo Código Civil argentino”, in ADAME GODDARD, Jorge e HEREIDA VELÁZQUEZ, Horacio (edd.), *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, México, UNAM, 2017.

- MITTEIS, Ludwig, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, *Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1908.
- MOREIRA ALVES, José Carlos, “A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador”, in SCHIPANI, Sandro (cur.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12-14, dicembre 1983, Padova, Cedam, 1988.
- MUSUMECI, Francesco, *Inaedificatio*, Milano, Giuffrè, 1988.
- NOCERA, Guglielmo, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano, 1962.
- PAPAÑO, Ricardo José-KIPER, Claudio Marcelo-DILLON, Gregorio Alberto-CAUSSE, Jorge Raúl, *Derecho civil, Derechos reales*, I, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
- PASTORI, Franco, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1984.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Por si acogemos el derecho de superficie”, in BARCIA LEHMANN, Rodrigo (coord.), *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*, Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters, 2013.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, I, 5a. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, rist. Brasília, BDJur, 2004.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, II, 5a. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1943, rist. Brasília, BDJur, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo Serra, “Direito de superfície: notícia histórica e questões tópicas à luz do Código Civil brasileiro de 2002”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 8, 2016.
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*, I, 2a. ed., Roma, Athenæum, 1928.
- PINELES, Stanislaus, “Die communio pro diviso”, *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 29, 1902.
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 3a. ed., Paris, F. Pichon, successeur, éditeur, 1904.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de direito privado*, parte especial, XII, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- POTHIER, Robert Joseph, *Traité de la propriété, Œuvres de R. J. Pothier*, tome cinquième, Bruxelles, Chez H. Tarlier, Libraire-Editeur, 1831.

- PUGLIESE, Giovanni, “Note sulla superficie nel diritto giustiniano”, *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segré*, Milano, 1943 (=da cui si cita, *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Napoli, Jovene, 1985).
- RABINOVICH M., Isaac *et al.*, “La propiedad horizontal desde el punto de vista jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 7, n. 34, 1961.
- RAINER, J. Michael, “Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht”, *ZSS*, 106, 1989.
- RICCOBONO, Salvatore, “Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (Fr. 4 D. VIII, I)”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 3, 1922.
- RICCOBONO, Salvatore, “La violazione del principio superficies solo cedit nel diritto giustiniano”, in “Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D. 10, 3, 14 [Paul. 3 ad Plautium])”, *AUPA*, 3-4, 1917 (= *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964).
- RÍOS LABBÉ, Sebastián, “Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad”, in MARTINIC G., María Dora y TAPIA R., Mauricio (dirr.) y Ríos L., Sebastián, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, I, Santiago, LexisNexis, 2005.
- ROCHA DOS SANTOS, Lourdes Helena-LEITE DE CASTRO, Fabio Caprio, “A evolução histórica e os novos horizontes da incorporação imobiliária e do condomínio edilício no direito brasileiro”, *Revista SÍNTESE Direito Imobiliário*, 29, Set./Out. 2015.
- ROSAS, Carolina Vanesa, “Los derechos reales en el Código Civil y Comercial”, *Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial*, 3, 2015.
- ROTONDI, Giovanni, “I libri opinionum di Ulpiano e le Sententiae di Paolo”, *Scritti giuridici*, I, in ARANGIO-RUIZ, Vincenzo-ALBERTARIO, Emilio-DE FRANCISCI, Pietro (curr.), *Studii sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano, Ulrico Hoepli, 1922.
- ROTONDI, Giovanni, “Natura contractus”, *BIDR*, 24, 1911.
- RUGGIERO, Roberto de e MAROI, Fulvio, *Istituzioni di diritto civile*, I, 9a. ed. Milano, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1961.
- SA VIANNA, Manuel Alvaro de Sousa, *Augusto Teixeira de Freitas, Traços biográficos*, Rio de Janeiro, Typ. Hildebrand-R. dos Onrives, 1905.
- SACCOCCIO, Antonio, “Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia”, in SACCOCCIO, Antonio-CACACE, Simona (curr.), *Sistema giuridico latinoamericano*, Torino, Giappichelli, 2019.

- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, III, *Derechos reales*, 4a. ed. actualizada con textos de doctrina legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañaraz, Buenos Aires, Tipográfica editora Argentina, 1959.
- SANFILIPPO, Cesare, “s. v. Accessione”, *NNDI*, I.1, Torino, Unione tipografico-Editrice Torinese, 1957.
- SANTALUCIA, Bernardo, *I “Libri opinionum” di Ulpiano*, II, Milano, Giuffrè, 1971.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, 7a. ed. (aus dem Nachlasse des Verfassers und durch Zusätze des Herausgebers vermehrte Auflage vom Adolf Friedrich Rudorff), Wien, Druck und Verlag von Carl Gerold’s Sohn, 1865.
- SCHIPANI, Sandro, “Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l’opera di A. Teixeira de Freitas (Prime osservazioni sulla nozione di “consolidação” e sulla sistematica dei fatti)”, *Studi sassaresi*, V, *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*, Milano, Giuffrè, 1981.
- SCHIPANI, Sandro, “Il «méthodo didáctico» di Augusto Teixeira de Freitas (prime osservazioni)”, in SCHIPANI, Sandro (cur.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12-14, dicembre di 1983, Padova, Cedam, 1988.
- SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, rist. accresciuta, Torino, Giappichelli, 1999.
- SCHIPANI, Sandro, “«Roma Americana» e Codice Civile del Brasile del 2003”, in Lanni, Sabrina (cur.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo Codice Civile brasiliano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- SCHMIDLIN, Bruno, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln, Böhlau, 1970.
- SCHMIDT, Adolf, “Das Recht der Superficies”, *ZSS*, 11, 1890.
- SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, rist. inalt., Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2003 (=trad. ital. *I principi del diritto romano*, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (cur.), Firenze, Casa Editrice Le lettere, 1946).
- SCHWARZ, Fritz, “Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, 1952-1953.
- SEGOVIA, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por Lisandro Segovia*, II, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, 1881.

- SERRAO, Feliciano, “Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.”, in SERRAO, Feliciano (cur.), *Legge e società nella repubblica romana*, Napoli, Jovene, 1981.
- SITZIA, Francesco, *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milano, Giuffrè, 1979.
- SITZIA, Francesco, “s. v. superficie (dir. rom.)”, *ED*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990.
- SOLAZZI, Siro, “La superficies nel diritto giustiniano”, *Archivio giuridico*, 146, 1954 (= *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, Jovene, 1972).
- SOLAZZI, Siro, “Usus proprius”, *SDHI*, 7, 1941.
- SOLMI, Arrigo, “Il diritto di superficie nei documenti italiani del Medio Evo”, *Rivista di diritto civile*, 7, 1915 (= da cui si cita, *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1937).
- SOZA RIED, María de los Ángeles, “La edificación. Antecedentes históricos de los artículos 668 y 669 del código civil chileno”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección historia del derecho patrio*, XLI, 2019.
- SOZA RIED, María de los Ángeles, “La influencia del Código Civil francés en el Código Civil chileno en materia de bienes y propiedad”, in HENRÍQUEZ HERRERA, Ian e CORRAL TALCIANI, Hernán (edd.), *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2004.
- STEIN, Peter, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press, 1966.
- TALAMANCA, Mario, “Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani”, in KUPISZCWSKI, Henryk et WOŁODKIEWICZ, Witold (edd.), *Le droit romain et sa réception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia internazionale dei Lincei (8-10 octobre 1973)*, Varsovie, Université de Varsovie, 1978.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Promptuario das leis civis*, Rio de Janeiro, Instituto typographico do direito, 1876.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Regras de direito. Seleção classica, em quatro partes, renovada para o Imperio do Brasil haté hoje*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier-Livrêiro Editor, 1882.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, “s. v. Accessão”, *Vocabulário jurídico, com appendices*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier-Livrêiro Editor, 1882.
- VIANA, Marco Aurelio S., *Comentários ao novo Código Civil*, XVI, *Dos direitos reais (arts. 1225-1510)*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

- VOCI, Pasquale, *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milano, Giuffrè, 1952.
- VOGT, Heinrich, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg, Simons, 1950.
- VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, La Sapienza Editrice, 1988.
- WAGNER, Herbert, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Zutphen, Terra Publishing Co., 1978.
- WALD, Arnaldo, “A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano”, *Revista de Informação Legislativa*, 41, n. 163, 2004.
- WALD, Arnaldo, *Curso de direito civil brasileiro. Direito das coisas*, 10a. ed., São Paulo, Editora revista dos tribunais, 1995.
- WOLFF, Hans Julius, “Zur Geschichte des Gaiustextes”, *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, Jovene, 1953.
- ZAERA GARCÍA, Ana, “La propiedad superficiaria en el derecho romano Justiniano”, *RIDA*, 51, 2004.
- ZAERA GARCÍA, Ana, “Superficies solo cedit”, *AFDUDC*, 12, 2008.
- ZEBALLOS, Estanislao Severo, *La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain. Conférences faites à la Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Buenos-Aires*, I, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, L. Tenin Directeur, 1914.