

MARIA ROSA CIMMA

NORMA GIURIDICA E EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO:
ALCUNE OSSERVAZIONI IN TEMA DI SUPERFICIE

Lezione tenuta presso l'Associazione, Napoli 23 marzo 2010

Uno dei principi rigorosamente affermati, e, a quanto sembra, puntualmente applicati nel diritto romano dell'età classica è quello della accessione al suolo di ogni bene mobile o immobile che venisse in qualche modo connesso allo stesso suolo. In altre parole in virtù dell'assorbimento della proprietà del suolo nella concezione romana, il proprietario di un terreno diveniva proprietario a titolo originario di ogni bene che venisse ovviamente non semplicemente posto sul suolo, ma, come si è detto, venisse in un certo senso in esso incorporato o stabilmente avvinto. Ne è un esempio tipico l'avulsione, in virtù della quale il proprietario del fondo cui la forza dell'acqua ha spinto accanto del terreno, diviene proprietario di quest'ultimo solo quando in esso abbiano incominciato ad attecchire le stesse specie vegetali presenti nel fondo primitivo, quasi a dimostrare l'unione fra le due parti di terra.

Questa regola, sintetizzata nella massima *superficies solo cedit*, trovava applicazione anche nel caso in cui taluno avesse costruito un edificio sul suolo altrui: il proprietario del terreno diveniva proprietario dell'edificio, e la giurisprudenza romana ha dedicato accurate analisi ed ha elaborato articolate soluzioni per i diversi problemi che potevano sorgere, e che sorgevano in concreto, dall'applicazione del principio alle più diverse ipotesi (es. costruzione contro la volontà del *dominus*, o a sua insaputa o dietro sua autorizzazione; problema della sorte dei materiali in caso di distruzione dell'edificio, e così via). Dalla regola conseguiva che nella concezione romana era impossibile immaginare una proprietà divisa fra più soggetti per piani orizzontali.

Lo stesso rigore nell'applicazione della regola *superficies solo cedit* e dei suoi corollari si riscontra nel contesto di concessioni a privati della possibilità di edificare su suolo pubblico, fenomeno attestato già dalla fine della repubblica, e riguardante per lo più la costruzione di chioschi e simili per l'esercizio di attività commerciali, oppure anche la concessione a privati di edifici già esistenti posti su luogo pubblico. In questi casi il rapporto fra privato ed autorità concedente veniva configurato come locazione-conduzione, ed il conduttore era tenuto a pagare il canone corrispondente, denominato *vectigal*. Come avveniva anche per le concessioni a lungo termine di *ager publicus*, tuttavia, questi rapporti vengono talvolta indicati nelle fonti come *emptiones-venditiones*. Sul piano terminologico si qualificava come *superficies* la costruzione, e come *superficiarius* il soggetto non proprietario, autorizzato ad utilizzarla.

Ancora probabilmente dalla fine della repubblica concessioni simili a quelle che

abbiamo descritto incominciarono ad essere fatte anche da privati: il proprietario del suolo concedeva ad un altro privato di edificare sul proprio terreno, ponendo in essere una locazione-conduzione a lungo termine o perpetua. Il concessionario era tenuto al pagamento di un canone, detto *solarium*, ma talvolta era previsto il pagamento di un prezzo unitario, oppure una sorta di prezzo di ingresso, che si aggiungeva al *solarium*. Anche in questi casi il rapporto viene talvolta qualificato come *emptio-venditio*, ed il concessionario era tutelato dalle azioni contrattuali. Egli era *possessor alieno nomine* dell'edificio, e quindi semplice detentore, per cui non poteva godere della tutela interdittale. Tuttavia da un certo momento in poi, data la rilevanza del fenomeno, il pretore cominciò a concedere un interdetto speciale, proibitorio, l'*interdictum de superficiebus*, che vietava ai terzi di turbare con la forza l'esercizio delle facoltà del superficiario. Si trattava di una protezione limitata, che non consentiva di tornare nella disponibilità del bene dal quale un superficiario fosse stato scacciato, per cui già dall'età classica il pretore iniziò ad accordare, previa valutazione caso per caso, un'*actio in rem*, per le concessioni su suolo pubblico così come per le concessioni su suolo privato, e comunque quando si era convenuta una concessione a lungo termine, poiché in caso di locazione per un breve periodo probabilmente si ricadeva nell'ipotesi di normale locazione-conduzione. A questo proposito vale la pena di ricordare le parole di Ulpiano (D.43.18.1.3), il quale dice, commentando l'editto del pretore, *Quod ait praetor "si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo" sic intellegendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.*

(ciò che afferma il pretore: concederò l'azione di superficie dopo aver valutato le circostanze, va interpretato nel senso che se taluno avrà preso in affitto una *superficies* a tempo determinato, a lui non competerà l'azione *in rem*. Pertanto l'azione *in rem* competerà a chi avrà preso in conduzione una *superficies* per un tempo non breve).

Il contenuto del diritto di superficie era assai più ampio di quello derivante da un normale rapporto di locazione, e si configurava come un diritto reale sulla cosa altrui: il superficiario godeva di tutta una serie di facoltà normalmente spettanti al *dominus*, quali la possibilità di alienare il proprio diritto, di trasferirlo mediante donazione o legato, di costituirlo in pegno. Al superficiario spettavano inoltre alcune delle azioni che sarebbero spettate al proprietario, quali quelle inerenti ai rapporti di vicinato, mentre al proprietario sostanzialmente rimaneva il diritto a ricevere il *solarium*, e naturalmente l'aspettativa di riacquistare la proprietà piena una volta venuto meno il diritto di superficie.

L'ampiezza dei poteri spettanti al superficiario, unitamente alla mancanza di una compiuta costruzione teorica dell'istituto da parte della giurisprudenza, stanno alla base, a mio avviso, delle incertezze nella qualificazione del rapporto fra concedente e concessionario.

Va comunque sottolineato che nonostante queste incertezze, in ogni caso in età classica mai si giunse a concepire la possibilità di una proprietà separata fra suolo ed edificio, e tanto meno la possibilità di una proprietà per piani.

A questo proposito è estremamente chiaro quanto afferma Gaio in 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* (Chiamiamo edifici superficiarii quelli che sono posti su di un suolo preso in conduzione: la cui proprietà, per diritto civile e naturale, è di colui di cui è il suolo). Altrettanto chiaro è lo stesso Gaio nelle Istituzioni (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*), dove dice “Ciò che è stato edificato da taluno sul nostro suolo, anche se colui ha edificato a nome proprio, per diritto naturale diviene nostro, poiché la superficie accede al suolo”.

In età postclassica la limpidezza logica della costruzione classica si appanna. E' questo un fenomeno ampiamente descritto, che non riguarda soltanto la materia di cui stiamo trattando, ma in generale ogni settore dell'ordinamento, e che investe ogni regione dell'Impero, in particolare la parte occidentale. Le cause sono complesse, e vanno dal generale impoverimento di tutta la popolazione al decadimento della cultura giuridica, senza dimenticare il progressivo allontanamento dell'attenzione delle cancellerie imperiali dai problemi della corretta applicazione delle norme del diritto privato, allontanamento che consentì la penetrazione di influenze estranee, provenienti dalla prassi, e, per le regioni orientali, dal mondo ellenistico.

Per quanto attiene al tema di cui stiamo trattando, in età postclassica si constata una tendenza ad accentuare gli aspetti dominicali dei poteri del superficiario, che a ben vedere potevano distinguersi dalla proprietà solo teoricamente, ma non nella pratica e nella percezione quotidiana.

A titolo di esempio citiamo due fonti postclassiche, molto studiate e discusse, dalle quali secondo una parte della dottrina sembra emergere un accostamento della posizione del superficiario a quella del *dominus*. La prima è tratta dall'Epitome Gai (2.1.4: *Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sine nostro permisso, domum aedificaverit, ad eum cuius terra est, domus aedificata pertineat*), ed in essa l'epitomatore afferma essere norma certa l'accessione di quello che sta sopra a quello che sta sotto. Ciò significa – dice ancora il passo - che se taluno ha edificato sul fondo altrui senza l'autorizzazione del proprietario del suolo, lo stesso proprietario del suolo diventa proprietario dell'edificio: il che secondo una parte della dottrina potrebbe lasciar supporre che in caso di autorizzazione ad edificare del *dominus* del terreno, l'edificio potesse divenire di proprietà dell'edificatore.

L'autore però non dice questo: si tratta solo di una interpretazione *a contrario*, che potrebbe ricavare dal testo più di quanto il giurista postclassico volesse dire. Ad esempio egli poteva avere presente il problema della proprietà dei materiali, che è altra cosa rispetto alla proprietà dell'edificio.

La seconda fonte è costituita da un passo di una costituzione di Arcadio ed Onorio del 398 d.C., conservata nel Codice Teodosiano (C.Th. 7.8.5 pr. (*Impp. Arcadius et Honorius AA. Hosio Mag. officiorum* – Costantinopoli 398 d.C.): *Plenum enim aequitate atque iustitia est, ut qui aut successione fruitur aut empto vel extructione gaudet electam praecipue iudicio suam rem teneat et relictam ...*), in cui secondo alcuni interpreti la cancelleria imperiale sembrerebbe porre sullo stesso piano l'acquisto di un bene per testamento, o a seguito di un contratto di compra-vendita, o per averlo costruito.

Anche in questo caso, però, l'interpretazione potrebbe far dire alla fonte molto più di quanto essa non dica, tanto più che non necessariamente la costituzione ha in vista rapporti di proprietà, quanto piuttosto situazioni di pieno godimento. (Si tratta dell'ospitalità forzata che andava prestata all'imperatore ed ai suoi accompagnatori)

Non sembra pertanto che le fonti consentano di affermare la possibilità, per l'età postclassica, di una proprietà divisa per piani orizzontali.

Passando rapidamente a trattare dell'età giustiniana, dobbiamo richiamare il cosiddetto classicismo di Giustiniano, da intendersi nel senso di un ritorno per quanto possibile al rigore terminologico e concettuale che aveva caratterizzato l'elaborazione giurisprudenziale dell'età classica, e che si era invece appannato nell'età postclassica, senza per altro rifiutare le modificazioni sostanziali che nel frattempo erano state introdotte per adeguare il diritto alle mutate condizioni economiche e sociali.

Anche in materia di superficie con Giustiniano si torna al rigore classico, con la riaffermazione del principio dell'accessione dell'edificio al suolo.

Ciò è affermato con estrema chiarezza nelle Istituzioni, dove l'imperatore dice testualmente che se qualcuno costruì sul proprio suolo con materiale altrui, egli stesso diviene proprietario dell'edificio, poiché tutto ciò che viene costruito accede al suolo (1.2.29: *Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit*), ed aggiunge al paragrafo successivo: “Però, se qualcuno avrà costruito con il proprio materiale sul terreno altrui, la casa diviene di colui di cui è il suolo, ma in questo caso il proprietario del materiale ne perde la proprietà..” (1.2.30: *Ex diverso si qui in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit ..*).

Come si vede il principio dell'accessione della superficie al suolo, e quindi dell'impossibilità di una divisione della proprietà per piani orizzontali, viene chiaramente riaffermato, e si dispone della sorte dei materiali usati per edificare, nelle diverse ipotesi.

In sostanza possiamo affermare che il principio dell'impossibilità di una divisione per piani orizzontali della proprietà, salvo forse qualche esitazione in età postclassica, in realtà tutt'altro che dimostrata, rimase saldo attraverso lunghi secoli insieme ai suoi corollari: la necessaria accessione della superficie al suolo e l'impossibilità di configurare come proprietà l'insieme delle facoltà di cui godeva il superficiario, per quanto ampie queste fossero.

Gli stessi principi vengono affermati dalle fonti bizantine, ed è solo alquanto tardi (nel Tipucito, una fonte della fine XI sec.) che sembra iniziare a farsi strada una concezione diversa, quella della proprietà superficiaria.

In Occidente fu la penetrazione di concezioni di derivazione germanica che consentì che al modo di vedere romano si affiancasse una prospettiva diversa, secondo la quale sullo stesso bene potevano aversi poteri dominicali in capo a persone diverse. Negli statuti comunali del basso medioevo si trovano affermati - ovviamente in luoghi diversi - ambedue i principi, quello dell'accessione della costruzione al suolo e quello della proprietà separata, ma in ogni caso l'ampiezza dei poteri di cui godeva il superficiario induceva ad accostare la *superficies* al *dominium*, giungendosi a parlare di *quasi-dominium*. Alla scuola dei commentatori si deve poi la dottrina che distingue il dominio utile dal dominio diretto (detto anche dominio eminente)

Sarebbe molto interessante seguire gli sviluppi di queste problematiche attraverso l'età moderna, per giungere al diritto attualmente vigente, che vede la piena possibilità della divisione della proprietà per piani, ma non è questo il contesto più appropriato.

Noi dobbiamo tornare al diritto romano, per constatare come, accanto alle fonti che proclamano i principi di cui abbiamo detto, non mancano testimonianze di una prassi profondamente divergente. Il testo più interessante, da questo punto di vista, è rappresentato a mio avviso da un'operetta dal titolo curioso: *Dagli (scritti) di Giuliano di Ascalona, architetto, (estratto) dalle leggi o consuetudini in Palestina* (απο των του ... εκ των νομων ...).

Non è il caso qui di affrontare le molte discussioni che questo testo ha suscitato. Ricorderemo soltanto ciò che viene abbastanza comunemente accettato.

L'opera è stata composta probabilmente agli inizi del VI secolo, in Palestina, da un autore ricordato come "architetto": qualsiasi significato si voglia attribuire alla

parola, di certo non si tratta di un giurista, anche se egli mostra di conoscere alcune importanti costituzioni imperiali.

Altro elemento certo è che non si tratta di un testo normativo, anche se contiene una dettagliata serie di prescrizioni concernenti l'urbanistica. Ciò nonostante il trattatello è stato dapprima accostato ad una fonte normativa, l'Eparchikon biblion, pubblicato nel 912 d.C., nel senso che il testo di Giuliano viene posto in appendice allo stesso Eparchikon biblion, mantenendo il proprio titolo. Successivamente, nel 1345, esso fu utilizzato da Armenopulo alla stessa stregua delle altre fonti per la compilazione dell'Exbiblos. Fra l'altro sono appunto queste le opere attraverso le quali il trattatello è pervenuto sino a noi.

L'opera di Giuliano è divisa in quattro parti, riguardanti il fuoco (con una serie di prescrizioni relative alle distanze fra le abitazioni e i luoghi in cui si svolgono attività che comportano l'uso del fuoco); l'aria (distanze fra le abitazioni o edifici in genere, apertura di finestre e porte, e problemi di elevazione); l'acqua (con tutto ciò che concerne il suo deflusso e relative opere); la terra (fossati, sterri, piantagioni). L'opera si conclude con alcuni paragrafi relativi alla protezione dell'intimità delle abitazioni e alla tutela della vista sul paesaggio.

Svariate prescrizioni ed osservazioni sparse nel trattatello lasciano intendere una conoscenza tecnica molto buona intorno ai problemi trattati (influenza del vento o delle piogge, statica degli edifici, ecc.), problemi che vengono affrontati, secondo le affermazioni dello stesso autore, allo scopo di prevenire i conflitti, oppure di indicarne le cause e le possibili soluzioni. Ebbene, in più punti, in tema di edifici (nella sezione relativa all'aria) sono contenute prescrizioni intorno alla ripartizione delle spese per riparazioni e restauri che sottintendono la divisione della proprietà per piani, e che rispecchiano una logica assai vicina a quella odierna (talvolta sembra di leggere un vero e proprio regolamento di condominio!).

L'affermazione più esplicita è contenuta nel capitolo 35, al paragrafo 1, in cui l'autore dice letteralmente: (leggo la traduzione in italiano) "Se il terreno, in comproprietà, non presenta costruzioni ed i suoi proprietari vogliono costruirvi ciascuno un piano sopra all'altro – nel senso che uno sarà proprietario del piano inferiore, un altro del secondo, un altro del terzo, e così via ..." Seguono svariate prescrizioni relative alla spartizione delle spese per la costruzione e per eventuali future riparazioni.

Non vi potrebbe essere attestazione più esplicita di un principio – quello della proprietà divisa per piani - opposto a quello affermato e riaffermato dal diritto romano, e per di più in un luogo e in un tempo in cui lo stesso diritto romano avrebbe dovuto trovare piena applicazione.

Gli autori che si sono occupati dei temi di cui stiamo parlando di solito non danno grande importanza alla nostra fonte, e si accontentano di qualificare ciò che in essa è affermato come esempio di consuetudine locale, senza cercare ulteriori approfondimenti. Al proposito va aggiunto che una conferma in questo senso viene cercata dagli stessi autori in un paragrafo dello stesso capitolo 35 dell'opera di cui stiamo parlando, in cui l'architetto afferma, a proposito della ripartizione delle spese di riparazione: "Se, una volta costruiti i piani, il primo necessita di riparazioni, l'uso in vigore a Cesarea è che ciascuno faccia il proprio solaio, come si è detto, ma ad Ascalona chi abita di sopra e chi abita di sotto pagheranno ciascuno per metà". È evidente però che nell'ottica dell'autore l'uso locale riguarda la ripartizione delle spese e non certo la concezione della proprietà per piani.

Ma anche ammettendo che la divisione della proprietà per piani fosse un principio dovuto a consuetudini locali, che cosa significa questa affermazione? Il tema della consuetudine e del suo valore normativo è disciplinato a partire da Costantino, il quale stabilì che la consuetudine valesse solo se conforme alla *ratio* e alla *lex*, e ricordiamo che nel Basso Impero per *lex* si intende la volontà imperiale. La costituzione di Costantino venne accolta nel Codice giustiniano, in C. 8.52.2, per cui si dovrebbe ritenere che essa valesse a tutti gli effetti. E non si può dire che la divisione per piani della proprietà non contrastasse con norme ribadite dallo stesso Giustiniano, per cui in teoria la consuetudine locale di cui parlano alcuni autori non dovrebbe essere considerata valida agli occhi del diritto romano.

D'altro lato, tuttavia, non possiamo nemmeno ritenere che Giuliano abbia elaborato prescrizioni che non avrebbero trovato accoglienza presso una corte di giustizia della sua città. Se così fosse stato il suo trattatello non avrebbe avuto alcuna diffusione, non sarebbe stato più volte copiato e non sarebbe giunto fino a noi. Si tratta quindi di capire in che modo potessero coesistere ed essere operative norme fra di loro pienamente contrastanti.

Il fatto è che il fenomeno "diritto" non può essere compreso nella sua complessità rimanendo ancorati a concezioni statalistiche, e cioè all'idea che sia diritto solo quanto proviene dallo stato secondo le procedure fissate per la produzione normativa. E questa un'idea oggi abbandonata dai più accorti fra i moderni teorici del diritto, e tuttavia ancora molto diffusa, sia fra gli studiosi del diritto positivo, sia fra gli storici del diritto. A ben vedere è una concezione di questo tipo che induce a relegare nel novero di una "consuetudine locale" - senza ulteriori approfondimenti - quanto ci attesta Giuliano di Ascalona, quasi a dire che il diritto, quello vero, fosse solo quello che avesse in qualche modo ricevuto conferma dalla volontà imperiale, ed il resto non fosse rilevante.

Bisogna quindi cambiare ottica e verificare se un diverso modo di guardare al diritto non consenta di abbracciare la realtà in modo più soddisfacente. Il principio che a mio avviso consente di comprendere meglio il fenomeno giuridico, e a cui si rifanno

teorie anche fra loro contrapposte, quali quella del Kelsen e del Santi Romano è quello della effettività della norma, intesa non come criterio astratto di validità, ma come assunzione della norma così come essa si presenta nella realtà dell'esperienza di un determinato tempo e in un determinato luogo.

Per usare le parole di Massimo Bianca, in virtù del principio di effettività dobbiamo ritenere operante una regola “se nel corpo sociale viene accettata come principio di ordine e di giudizio nella tutela degli interessi particolari e collettivi della vita di relazione” E va sottolineato che l'accettazione della regola da parte del corpo sociale è provata dal fatto stesso del funzionamento della norma come criterio di valutazione della condotta degli associati e per la soluzione dei conflitti di interesse.

Inteso in questo modo il principio di effettività, che è nato fondamentalmente nell'ambito dei rapporti internazionali, con riferimento in particolare al problema del riconoscimento di Stati di nuova formazione, viene oggi invocato dalla migliore dottrina del moderno diritto positivo come criterio utile per superare il distacco tra scienza e pratica del diritto, per rivalutare il fatto come fenomeno normativo, e spingere l'analisi oltre il testo della norma, guardando al significato e al contenuto che la stessa norma assume nella sua concreta applicazione (e talvolta - è ancora il Bianca che parla - “la norma effettivamente accettata ed operante nell'ordinamento può anche essere in contrasto col testo scritto”).

E' appena il caso di sottolineare come l'applicazione del principio di effettività nello studio di un'esperienza giuridica passata possa consentire più di ogni altro di arrivare ad una comprensione completa ed articolata dell'ordinamento preso in considerazione. Tra l'altro, volgendo gli occhi ad una esperienza storicamente conclusa l'attribuzione di rilevanza al fatto ai fini normativi può prescindere dalla valutazione delle conseguenze politiche, valutazione che oggi sovente rappresenta una preoccupazione ed una sorta di freno per gli interpreti e gli operatori del diritto.

L'ordinamento romano, poi, si presenta sin dalle origini, e per lungo tempo, come un ordinamento “aperto”, all'interno del quale le procedure per la produzione normativa non erano formalizzate, e nel quale le stesse modalità di organizzazione del potere politico (quella che oggi chiameremmo costituzione), era frutto di un “farsi” progressivo, che trovava fondamento solo nell'effettività. La progressiva chiusura che si realizza durante il Principato, e poi soprattutto nel Dominato, con l'imposizione del controllo dell'imperatore su ogni forma di produzione normativa, non riuscì nonostante tutto - per vari motivi concomitanti e soprattutto credo per il modo stesso in cui storicamente si era venuto formando l'impero romano nella sua estensione - dicevo non riuscì di fatto a concentrare nella sola volontà imperiale la produzione normativa, così come gli ordinamenti moderni non riescono a vincolare la realtà con la sola forza della lettera della legge.

In conclusione le parole di Giuliano di Ascalona che attestano la possibilità di una proprietà divisa per piani, lungi dall'essere testimonianza di una consuetudine locale priva di rilevanza, o anche, come è stato affermato, "una fonte poco probante" (Situa: di che cosa, poi, non si capisce) rappresentano invece una testimonianza preziosa della coesistenza, all'interno dell'Impero romano, anche nel Basso Impero, di regole diverse in aree diverse, tutte ugualmente valide, tutte ugualmente effettive, fossero esse conformi o no al dettato delle norme imperiali. Grazie.