

UNIDROIT (ed.)

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ

*Eppur si muove:*

# The Age of Uniform Law

Essays in honour of

Michael Joachim Bonell

to celebrate his 70<sup>th</sup> birthday

*VOLUME 2*

Rome, 2016

First edition, 2016

Published and distributed by  
the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)  
Via Panisperna 28, 00184 Rome (Italy)  
e-mail: [publications@unidroit.org](mailto:publications@unidroit.org)

ISBN: 978 88 86 44 93 66

Copyright © The Authors and UNIDROIT, 2016

The moral rights of the authors have been asserted

All rights reserved. No part of this book may, whether by way of trade or otherwise, be reproduced, lent, sold, hired out or otherwise circulated, distributed or stored in a retrieval system without the prior written consent of the author and publisher.

# La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione

Ermanno Calzolaio\*

## PREMESSA

Il principio di tipicità dei diritti reali costituisce uno dei tratti di fondo che caratterizzano il modello romanistico-continentale di proprietà. Infatti, con l'avvento delle codificazioni, a partire naturalmente da quella francese, prende corpo, per reazione al regime proprietario d'impronta feudale dell'antico regime, un'operazione politico-culturale di grande impatto sul piano giuridico, con riguardo almeno al continente europeo: all'insegna della nascente proprietà borghese, compattamente concentrata nelle mani di un solo proprietario (persona fisica), si afferma un'idea paradigmatica di proprietà come forma di appartenenza individuale ed esclusiva<sup>1</sup>. Come riflesso di questa concezione, il sistema dei diritti reali viene ricondotto ad un nucleo formato da figure tipiche di utilizzazione e godimento. Nello spirito dei redattori del *Code civil*, la previsione del “numero chiuso” costituiva il mezzo necessario per scongiurare il rischio di una proliferazione di diritti reali atipici e la ricostituzione, per tale via, del pluralismo delle situazioni di appartenenza dell'*ancien régime*<sup>2</sup>.

E' ben noto che la concezione ottocentesca della proprietà attraversa da tempo una crisi profonda, in particolare a seguito della progressiva dematerializzazione dell'oggetto della proprietà e dell'emersione di nuovi diritti parziari. Nel loro complesso, tali fenomeni hanno condotto a far registrare, con l'attenuazione del carattere assoluto della proprietà, una labilità dei confini tra la proprietà e gli “altri” diritti reali e tra essi e i diritti personali<sup>3</sup>, e anche una progressiva evanescenza di quei motivi, ritenuti di ordine pubblico, che costituivano la principale ragione d'essere di un sistema basato sulla tipicità dei diritti reali<sup>4</sup>.

In tale contesto, possono dunque ritenersi maturi i tempi per archiviare la regola del *numerus clausus*?

Lo spunto per svolgere alcune riflessioni in argomento giunge dal dibattito inaugurato in Francia da una recente sentenza della *Cour de cassation*, che, riconoscendo ampia libertà di creazione di nuove figure di diritti reali, sembrava ritenere ormai superato d'un tratto il principio del *numerus clausus*. La dottrina francese ha accolto questo nuovo orientamento annoverandolo subito nella schiera dei *grands arrêts*, non senza evidenziare

---

\* Ordinario nell'Università di Macerata.

<sup>1</sup> Per un primo orientamento, cfr. L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, pp. 143 ss.

<sup>2</sup> U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. Gambaro - U. Morello, *Trattato dei diritti reali*, vol. II, Milano, 2012, p. 69 ss. Cfr. altresì P. GROSSI, *I beni: itinerari tra “moderno” e “post-moderno”*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, p. 1059 ss. L'effettiva riconducibilità alle fonti romane del principio di tipicità è, in realtà, quanto meno dubbia; lo esclude in modo netto V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei iura in re aliena ed il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992.

<sup>3</sup> Cfr. A. GAMBARO, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in L. Cabella Pisu - L. Nanni, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 223 ss.

<sup>4</sup> U. MORELLO, *op. cit.*, p. 75.

che per tal via il diritto francese si pone all'avanguardia rispetto ai sistemi giuridici vicini, che invece continuano ad essere ancorati al principio di tipicità dei diritti reali<sup>5</sup>.

Vi è dunque motivo per osservare più dappresso questo recente orientamento della giurisprudenza francese e verificare se effettivamente il principio di tipicità dei diritti reali possa dirsi superato, per poi allargare lo sguardo alla nostra esperienza, dando conto della difficoltà di abbandonare la regola della tipicità, come mostra il dibattito sorto con riferimento al fenomeno della circolazione dei cd. diritti edificatori; il tutto nel tentativo di fornire qualche spunto per una ricostruzione del tema e delle sue implicazioni.

## **I IL NUMERUS CLAUSUS DEI DIRITTI REALI NELL'ESPERIENZA FRANCESE**

Nell'esperienza francese, stante la concezione della proprietà quale diritto calibrato sulla materialità della cosa, caratterizzato dalla esclusività e dalla pienezza, i diritti reali sono ricostruiti in guisa di "smembramenti" (*démembrements*) del diritto (unitario) di proprietà, nel senso precisamente di diritti che attribuiscono a chi ne è titolare taluna delle facoltà (di disposizione, uso e godimento) che competono al proprietario. Pur essendo diritti cd. minori, essi partecipano, comunque, della stessa natura del diritto di proprietà: si esercitano direttamente sulla cosa che ne costituisce l'oggetto e, se regolarmente trascritti nei registri fondiari, sono pienamente opponibili ai terzi<sup>6</sup>.

Gli unici diritti reali espressamente disciplinati dal *Code civil* sono l'usufrutto, con i suoi corollari del diritto d'uso e di abitazione, e le servitù prediali. Solo attraverso una legge speciale (del 1902) è stata introdotta l'enfiteusi, mentre il diritto di superficie viene comunemente qualificato come diritto reale, pur senza essere previsto in modo espresso per via legislativa.

La dottrina francese da sempre si pone l'interrogativo se le figure di diritti reali tipici disciplinate dal legislatore costituiscono un *numerus clausus* o se, invece, le parti possono crearne altri nell'esercizio della loro autonomia. La risposta negativa al quesito fa leva sull'articolo 543 del *Code civil*, in base al quale si può essere titolari di un diritto di proprietà, o di un semplice diritto di godimento, o di un diritto a pretendere servizi fondiari<sup>7</sup>. In realtà, all'indomani dell'emanazione del *Code civil* la Corte di cassazione francese sembrava indirizzata verso una lettura molto flessibile di questa norma, ritenendo possibile modificare e scomporre il diritto di proprietà in modi diversi rispetto a quelli tipizzati dal legislatore<sup>8</sup>. Tuttavia, si è trattato di un precedente rimasto isolato ed è ben presto prevalso un atteggiamento rigido, in base al quale è proprio l'articolo 543 del *Code civil* a consacrare il principio di tipicità dei diritti reali: "i diritti che i singoli possono stabilire sui beni devono necessariamente potersi ricondurre ad una di queste tre categorie: un diritto di proprietà, un diritto di godimento, cioè usufrutto, uso o abitazione, un servizio

<sup>5</sup> Cfr. L. D'AVOUT, B. MALLET-BRICOUT, La liberté de création des droits réels aujourd'hui, in *Rec. Dalloz*, 2013, p. 53.

<sup>6</sup> Cfr. per questo quadro di sintesi F. TERRÉ - P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris 2010, p. 691.

<sup>7</sup> "On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre" (art. 543).

<sup>8</sup> Si tratta della sentenza resa nel caso *Caquelard c. Lemoine*, Req. 13 février 1834, in H. CAPITANT - F. TERRÉ-Y. LAQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11<sup>ème</sup> éd., Paris, 2006, p. 421.

fondario. E' in questa cerchia che la libertà contrattuale deve muoversi. Al di là ci sono solo diritti personali, come quello che nasce dalla locazione"<sup>9</sup>.

L'impostazione tradizionale, che ancora il sistema dei diritti reali ad una serie di figure tipiche, costituisce un corollario del carattere della assolutezza della proprietà, che è valso a fare della proprietà una sorta di archetipo attorno al quale si è venuta articolando la categoria dei diritti sulle cose, detti appunto assoluti in quanto qualificati dalla immediatezza del rapporto soggetto-oggetto, nel senso che l'interesse del soggetto titolare del diritto sarebbe soddisfatto mediante un potere immediato sulla cosa che ne è oggetto<sup>10</sup>.

Si tratta di una concezione che assume un precipuo rilievo sul piano logico-sistemico, con riferimento alla classificazione dei diritti patrimoniali, per cui la proprietà e i diritti reali su cosa altrui vengono nettamente distinti dai diritti personali: i primi attribuiscono al soggetto un potere diretto e immediato su una cosa, che si esercita direttamente e senza l'intermediazione di un altro soggetto; al contrario, il diritto di credito o diritto personale è il diritto di esigere una determinata prestazione da un altro soggetto<sup>11</sup>.

Rispetto a questo tradizionale modo di intendere la proprietà e di classificare i diritti patrimoniali, è da tempo in atto una progressiva relativizzazione della dicotomia tra diritti reali e diritti personali, soprattutto in una serie di situazioni di confine, rispetto alle quali il diritto che viene costituito a favore di uno dei soggetti è assistito da tutele tali da rendere spesso difficile una chiara classificazione. La dottrina francese attira l'attenzione, ad esempio, su alcune figure di locazione, per le quali la legislazione speciale prevede vincoli molto penetranti, nonché su alcuni diritti di sfruttamento delle miniere, o su figure sviluppatasi nell'ambito del diritto urbanistico (cessione di cubatura), o, ancora, su nuove tipologie sempre più diffuse ed utilizzate come il *leasing* (*crédit-bail*)<sup>12</sup>.

Nondimeno, la dicotomia diritti reali/diritti personali conserva tuttora una forte valenza tecnico-concettuale e sistematica, tanto da rendere alquanto problematico un preciso inquadramento giuridico di queste situazioni di confine, per le quali la qualificazione in termini di diritti reali si scontra con l'assenza di alcuni caratteri tipologici essenziali, legati in particolare ora alla opponibilità ai terzi mediante accesso alla pubblicità immobiliare, ora alla cd. inerenza del diritto con la cosa, che continuano a costituire i principali segni di riconoscimento dei diritti reali nell'esperienza giuridica francese, come del resto nella nostra, ed anche a costituire la principale ragione della loro tipicità, a differenza dei diritti personali.

---

<sup>9</sup> C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, t. 1, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, 1870, p. 436.

<sup>10</sup> Cfr., da ultimo, sul rapporto ritenuto imprescindibile tra "proprietà" e "cose", W. DROSS, *Une approche structurale de la propriété*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2012, p. 419 ss.

<sup>11</sup> F. TERRÉ - P. SIMLER, *op. cit.*, p. 57. Sottolinea la difficoltà che la proprietà possa abbracciare i diritti personali V. MAZEAUD, *Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2014, p. 29 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in argomento, v. E. RAMAEKERS, *Classification of Objects by the European Court of Justice: Movable Immovables and Tangible Intangibles*, in *Eur. Law Rev.*, 2014, p. 447 ss.

<sup>12</sup> H. CAPITANT - F. TERRÉ-Y. LAQUETTE, *op. cit.*, p. 693.

## II LA (DECLAMATA) AUTONOMIA DELLE PARTI NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA FRANCESE: LA SENTENZA MAISON DE POÉSIE E I SUCCESSIVI SVILUPPI

Nel contesto così sommariamente descritto, è giunto ora il momento di occuparsi della sentenza resa nel 2012 dalla Corte di cassazione francese (il caso *Maison de Poésie*), che è all'origine di un intenso dibattito dottrinale<sup>13</sup>.

In breve i fatti: in forza di una clausola contenuta in un contratto di vendita immobiliare (stipulato nel 1932), la fondazione venditrice aveva riservato per sé il diritto di godimento e l'occupazione esclusiva di un locale facente parte dell'immobile venduto. In particolare, il contratto autorizzava l'acquirente ad esigere la restituzione del locale solo a seguito della messa a disposizione gratuita, in favore della venditrice, di una porzione di immobile avente lo stesso volume e le medesime caratteristiche. Dopo un lungo periodo di pacifica occupazione del locale da parte della venditrice, l'acquirente dell'immobile agisce in giudizio per chiedere la restituzione e il pagamento di un'indennità di occupazione, sostenendo che il diritto del venditore si era estinto, stante il decorso del termine trentennale previsto per il diritto di uso e di abitazione conferito a una persona giuridica, a norma del combinato disposto degli artt. 625 e 619 del *Code civil*.

E' evidente la peculiarità del caso, in quanto il diritto di godimento costituito a favore della venditrice su una porzione dell'immobile non aveva i caratteri dei diritti reali tipizzati dal legislatore: non si trattava di una servitù, perché non vi era né fondo dominante, né fondo servente; non si trattava di una garanzia reale, perché il godimento del bene era attribuito in modo del tutto autonomo. Pertanto, in omaggio al tradizionale principio del *numerus clausus*, la Corte di appello di Parigi aveva accolto la domanda e ordinato la restituzione del locale all'acquirente, facendo leva sul duplice rilievo che le parti non avevano mai costituito un diritto reale tipico e che, comunque, esso non avrebbe potuto eccedere la durata di trenta anni.

Tuttavia, la *Cour de cassation* inaspettatamente riforma la sentenza dei giudici di merito e afferma il principio secondo cui il proprietario, nel rispetto delle regole dell'ordine pubblico, può costituire in favore dell'altra parte un diritto reale che attribuisce il beneficio di un godimento speciale del proprio bene<sup>14</sup>.

Non è sfuggito alla dottrina francese che la scarna formulazione adottata dalla Corte ricalca in modo testuale quella contenuta del progetto di riforma del diritto dei beni elaborato dalla Associazione *Capitant*, presentato ufficialmente nel 2008 al Ministero di Giustizia francese e che costituisce il frutto di un ampio lavoro di ricerca, di chiara impronta dottrinale e destinato, secondo le intenzioni dei suoi redattori, a sostituire il secondo libro del *Code civil*<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> *Cass.*, 3e civ., 31 ottobre 2012, in *Rec. Dalloz*, 2012 e in *Sem. Jur.*, éd. gén., 2012, p. 2352, con nota di F.X. TESTU, L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux. Per alcune riflessioni sull'argomento cfr. da noi F. MEZZANOTTE, "Liberté contractuelle" e "droits réels" (a proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese), in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 857 ss.

<sup>14</sup> Testualmente, nel primo considerando della sentenza si legge: "Le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien".

<sup>15</sup> Cfr. H. Périnet-Marquet (cur.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Paris, 2009, p. 115 ss. Una prima versione del progetto, diffusa nel 2008, è

Per quanto interessa ai nostri fini, è significativo rilevare che, in realtà, il progetto continua a fare perno sul principio del *numerus clausus* dei diritti reali, aggiungendone però uno nuovo rispetto a quelli tradizionali (usufrutto, servitù ecc.), il “diritto reale di godimento speciale” (*droit réel de jouissance spéciale*): “il proprietario può consentire, nel rispetto delle regole di ordine pubblico, uno o più diritti reali che attribuiscono il beneficio di un uso o di un godimento speciale di uno o più beni” (primo comma dell’articolo 608) per una durata massima di trenta anni (articolo 611).

Si tratta quindi di un diritto temporaneo, dai contorni vaghi e indefiniti e che lascia – almeno sulla carta – un’ampia autonomia alle parti, con l’unico limite del rispetto di norme di ordine pubblico (come quelle dettate in materia di locazione, di condominio negli edifici e di tutela del consumatore).

Nel silenzio del progetto circa il contenuto di questo nuovo diritto reale, ci si è chiesti fin dove possa spingersi l’autonomia delle parti. Al riguardo, la dottrina francese si è affrettata a precisare che le parti non possono svuotare totalmente il diritto del proprietario, quale titolare delle utilità residuali della cosa: “la libertà di costituire diritti reali non può giungere fino ad offuscare la differenza tra la proprietà e i diritti reali che ne sono derivati, sicché il diritto reale di libera creazione è quello che attribuisce un godimento speciale, nel senso di ristretto, limitato, specifico<sup>16</sup>. Come si vede, il “nuovo” diritto reale previsto nel progetto suscita non poche difficoltà di inquadramento, stante la contraddizione, difficilmente sanabile, tra la previsione di un diritto reale “tipico”, epperò dal contenuto “atipico”.

Analoghe difficoltà suscita la sentenza della Cassazione francese di cui ci si sta occupando. Infatti, il contratto stipulato tra le parti prevedeva il diritto del venditore di rientrare nel pieno godimento di una porzione dell’immobile compravenduto nel caso in cui avesse messo a disposizione dell’acquirente adeguati locali sostitutivi. A ben vedere, quindi, il diritto di cui si discuteva era relativo ad un immobile che non esisteva al momento della stipula del contratto e la cui realizzazione era del tutto incerta ed eventuale. A tacer d’altro, quindi, difettava completamente uno dei tratti essenziali di un diritto reale e cioè la cd. “inerenza” del diritto con il suo oggetto.

Per superare questa autentica *impasse*, alcuni autori ritengono che l’oggetto del diritto (reale) può essere individuato in una superficie astratta, che si trasferisce in modo automatico dall’immobile precedente su quello costruito successivamente. Questa impostazione, tuttavia, è criticata da chi, muovendo dalla configurazione tradizionale dei diritti reali, ritiene semmai ravvisabili due diversi diritti (reali) che si succedono nel tempo, il primo dei quali si estingue automaticamente al momento della costruzione del nuovo immobile<sup>17</sup>.

Senza scendere in ulteriori dettagli, ciò che preme evidenziare è che, al di là della declamata natura “reale” del diritto in questione, in realtà esso presenta contorni così vaghi ed indefiniti da renderne quanto meno incerto un chiaro inquadramento e, soprattutto, una qualche pratica utilità.

---

consultabile sul sito <http://www.henricapitant.org/node/70>. Per un commento, cfr. da noi G.B. FERRI, L’Avant-projet de l’Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens e l’attualità del “modello” codice civile, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, I, p. 537 ss.

<sup>16</sup> L. D’AVOUT, B. MALLET-BRICOUT, La liberté ecc., *cit.*, p. 58.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 60.

L'aspetto più delicato riguarda l'opponibilità ai terzi. E' infatti evidente che la qualificazione in termini di "diritto reale" rimarrebbe del tutto nominalistica se non fosse accompagnata dalla concreta possibilità di renderne opponibile ai terzi la costituzione. Gli autori francesi che si sono occupati dell'argomento si limitano a qualche cenno piuttosto evasivo, affermando che la possibilità di sottoporre al sistema di pubblicità immobiliare non dovrebbe porre particolari problemi, senza però chiarire come ciò potrebbe avvenire in concreto e, comunque, segnalando che a tale scopo occorrerebbe adeguare il meccanismo delle note di trascrizione, cosa che al momento non è ancora avvenuta<sup>18</sup>.

Al di là di tutti questi profili, pure di un certo rilievo e difficilmente superabili, non vi è dubbio che la decisione della Corte di cassazione francese ha provocato una "deflagrazione profonda", dando avvio ad un acceso dibattito<sup>19</sup>.

E' significativo che poco più di due anni dopo, la Corte pare ora ritornare sui suoi passi. Infatti, nel gennaio 2015 ha occasione di pronunciarsi su un caso relativo ad un diritto d'uso di un trasformatore di distribuzione pubblica di elettricità, di cui era titolare una società e per il quale non era stato previsto un termine finale. Decorsi trenta anni, l'organismo rappresentativo dei comproprietari aveva intimato il rilascio del bene, stante l'avvenuta estinzione del diritto d'uso. I giudici di merito, anche alla luce della sentenza *Maison de Poésie*, avevano respinto la domanda, ritenendo che il diritto à *jouissance spéciale* costituito dalle parti era da ritenersi connotato dai caratteri della esclusività e della perpetuità. Chiamata a pronunciarsi, la Corte di cassazione francese ritiene, invece, che in assenza di determinazione pattizia di un termine finale, il diritto si estingue decorso il termine trentennale.

La dottrina francese, pur nella molteplicità delle interpretazioni possibili lasciate aperte dalla scarsa motivazione, ha subito rilevato che questa decisione segna quanto meno un deciso ridimensionamento delle precedenti aperture inaugurate dalla sentenza *Maison de Poésie*<sup>20</sup>. In particolare, viene fatto osservare che il divieto di perpetuità del diritto reale, affermato dalla Corte, costituisce un profilo di ordine pubblico, che impedisce alle parti di costituire diritti che limitano la proprietà a tempo indeterminato.

Occorrerà ovviamente attendere gli ulteriori sviluppi, ma ciò che interessa evidenziare è che la (declamata) libertà di creazione di nuovi diritti reali non assume, almeno per ora, una concreta rilevanza pratica, ed è circondata da incertezze e problemi di inquadramento così profondi da rendere quanto meno difficile la delimitazione di punti di riferimento chiari e univoci.

---

<sup>18</sup> Cfr. J.L. BERGEL, *Droits réels de jouissance et valorisation des biens: les propositions de réforme du droit des biens*, in *Mélanges Mouralis*, Aix-Marseille, 2011, p. 26. In senso analogo, F.X. TESTU, *L'autonomie de la volonté ecc.*, *cit.*, p. 1400.

<sup>19</sup> In questi termini si esprime R. BOFFA, *Le droit réel de jouissance spéciale: acte II*, in *Revue des contrats*, 2015, p. 272.

<sup>20</sup> B. MALLET-BRICOUT, *Droits réels de jouissance spéciale: premier signe de rejet de la perpétuité*, in *Rec. Dalloz*, 2015, p. 599; J.L. BERGEL, *Le "droit réel de jouissance spéciale" ne peut pas être perpétuel*, in *Revue Droit Immobilier*, 2015 p. 175; W. DROSS, *Que reste-t-il de l'arrêt Maison de Poésie?*, in *Revue Trim. Droit Civil*, 2015, p. 413.



### III PROFILI PROBLEMATICI DELLE NUOVE FORME DI GODIMENTO DEI BENI NELLA NOSTRA ESPERIENZA: L'ESEMPIO DEL CD. TRASFERIMENTO DI CUBATURA

Volgendo ora lo sguardo alla nostra esperienza, anche da noi l'emersione di nuove forme di godimento dei beni impegna da tempo dottrina e giurisprudenza nella ricerca di soluzioni in grado di fornire risposte, sul piano giuridico, a fenomeni sempre nuovi e cangianti. Basti pensare alla diffusione di modalità di godimento turnario di immobili nel quadro di strutture residenziali o alberghiere, di pianificazioni urbanistiche di diritto privato (come i comparti, le convenzioni di lottizzazione, i piani esecutivi di iniziativa privata), di modelli di vincoli su immobili o di destinazioni di immobili in favore della p.a. (cd. atti d'obbligo, aventi varia natura e tipologia)<sup>21</sup>.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia è ampio e variegato e sarebbe vano anche solo tentare di offrirne un quadro di sintesi<sup>22</sup>. Può invece essere utile svolgere qualche considerazione concentrandosi su una fattispecie che appare emblematica delle problematiche connesse all'emersione di tali nuove forme di godimento, il cd. trasferimento di cubatura, interessato dalla recente riforma che assoggetta al regime di pubblicità immobiliare i contratti relativi ai "diritti edificatori"<sup>23</sup> (articolo 2643 del Codice civile, n. 2bis).

Molto brevemente, è utile ricordare che con la legge n. 765 del 1967 (articolo 17) vengono introdotti (mediante l'inserimento dell'articolo 41 *quinques* nella legge n. 1150 del 1942) i cd. *standards* edilizi, destinati all'individuazione degli indici inderogabili di densità edilizia. Si tratta, in particolare, di parametri urbanistici volti a determinare gli indici di densità edilizia, di altezza e distanza tra i fabbricati e i rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi, spazi pubblici e aree destinate a parcheggio. Lo standard di tipo plano-volumetrico (cd. volumetria o, appunto, cubatura) indica il rapporto tra il volume edificabile e la superficie del fondo disponibile, all'evidente fine di consentire uno sviluppo edilizio controllato.

Nella prassi si è quindi diffuso il fenomeno del trasferimento di cubatura, attraverso la stipula di contratti mediante i quali una parte trasferisce la potenzialità edificatoria sul fondo di sua proprietà (cioè la volumetria realizzabile) ad un soggetto cessionario che, incrementando per tal via la capacità di espansione fabbricabile del proprio terreno, aspira ad ottenere dal Comune un permesso di costruire "maggiorato", idoneo alla edificazione di un manufatto con un volume maggiore di quello che avrebbe potuto realizzare in origine.

Come si vede, si tratta di un fenomeno che si colloca in una zona di confine tra il diritto privato e il diritto pubblico, in quanto l'effettività della pattuizione è subordinata al rilascio del titolo abilitativo in favore della parte cessionaria.

Sotto il profilo strettamente privatistico, per qualificare la natura giuridica del contratto e del diritto trasferito sono state ipotizzate varie soluzioni: alle tesi che

<sup>21</sup> U. MORELLO, *op. cit.*, in specie p. 154 ss.

<sup>22</sup> V. già A. CANDIAN, Il contratto di trasferimento di cubatura, Milano, 1990 e F. GAZZONI, La cd. cessione di cubatura, in *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, artt. 2643-2635, 1991, vol. I, p. 655 ss.

<sup>23</sup> Il n. 2bis è stato introdotto dal d.l. 13 maggio 2011, n. 106 e prevede che si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione "i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale".

ricondono la cubatura tra i diritti di credito (negozio ad effetti meramente obbligatori, cessione di contratto), se ne sono contrapposte altre, volte a valorizzare la natura “reale” del diritto (rinuncia abdicativa, diritto di superficie, servitù, diritto reale atipico)<sup>24</sup>.

Il tentativo di ricondurre la cubatura nell’alveo dei diritti reali è evidentemente mosso dal fine di assicurare ai relativi negozi costitutivi l’accesso alla pubblicità immobiliare. Sennonché, la tesi secondo cui ci si trova in presenza di un diritto reale *sui generis* si è scontrata con il rilievo che la deroga al principio del numero chiuso dei diritti reali sarebbe introdotta non già per via legislativa, ma per effetto di disposizioni di fonte regolamentare, quali sono i piani regolatori generali<sup>25</sup>.

Nella prassi notarile, il più delle volte si è quindi fatto ricorso all’istituto della servitù di non edificare o *altius non tollendi*: il cedente costituisce una servitù di non edificare, o di non edificare oltre una certa volumetria sul proprio fondo, in favore del fondo del cessionario, con l’effetto di aumentare la potenzialità edificatoria del fondo del cessionario stesso. All’atto costitutivo di servitù si accompagna poi un atto d’obbligo del cedente nei confronti del Comune, avente ad oggetto l’inedificabilità, in tutto o in parte, del fondo.

Lo schema della servitù, tuttavia, non pare in realtà del tutto idoneo a realizzare il trasferimento della capacità edificatoria da un fondo all’altro, non solo perché a tal fine è comunque necessario il provvedimento autorizzativo del Comune, ma anche per la difficoltà di identificare una *utilitas* del fondo dominante con carattere di permanenza, giacché tale utilità si esaurisce, in sostanza, nella facoltà di costruire, da esercitarsi *una tantum*. Il problema è ancor più serio nei casi in cui il trasferimento di cubatura avviene in favore di un fondo non vicino, sicché difetta un fondamentale requisito del diritto di servitù. In giurisprudenza, si è ad esempio esclusa la riconducibilità alla servitù per la inattualità dell’asservimento e per l’assenza del requisito dell’inerenza oggettiva<sup>26</sup>. Questo profilo è condiviso da autorevole dottrina, secondo cui “un diritto reale senza un bene cui esso inerisca è davvero una contraddizione, onde esso non può circolare come tale”; in ogni caso, anche a prescindere dal profilo dell’inerenza, si sottolinea che non sono pochi gli ostacoli da superare al fine di configurare un diritto reale, sotto i profili della rilevanza della autorizzazione amministrativa, nonché della scissione tra diritto di proprietà del terreno e diritto di costruirvi un edificio, che sarebbe un vero e proprio nuovo diritto di godimento, ma su cosa propria e non su cosa altrui<sup>27</sup>.

Tutte queste difficoltà di inquadramento non sono state superate dall’intervento del legislatore che, nel 2011, ha previsto la trascrivibilità dei “diritti edificatori comunque denominati” (articolo 2643 del Codice civile, n. 2bis), ma senza precisarne la natura, tanto che l’intervento normativo si inquadra, appunto, nell’ambito delle norme sulla trascrizione.

---

<sup>24</sup> Per un efficace quadro di sintesi delle varie opinioni, cfr. ampiamente G. TRAPANI, I diritti edificatori, in *Riv. Notariato*, 2012, p. 775 ss.

<sup>25</sup> Cfr. R. CIMMINO, La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriale, in *Notariato*, 2014, p. 152 ss. Cfr. altresì G. MUSOLINO, Le servitù irregolari (l’autonomia negoziale e la questione della tipicità dei diritti reali), in *Riv. Notariato*, 2010, p. 1517 ss.; E. BILOTTI, Proprietà temporanea, usufrutto e tipicità delle situazioni di appartenenza, in *Riv. Notariato*, 2013, p. 1277 ss.

<sup>26</sup> Cfr. ad esempio Cass., sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1544; Cass., sez. trib., 14 maggio 2003, n. 7417, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.

<sup>27</sup> Così F. GAZZONI, Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione, in *Giust. civ.*, 2012, p. 101 ss.

Cade a proposito l'osservazione di chi, opportunamente e ancor prima dell'entrata in vigore della norma in questione, rammentava che occorre "guardarsi dalla fallacia nominalistica per cui è bastevole che un oggetto sia nominato dal legislatore per dare ad esso giuridica esistenza. Occorre che nelle prassi discorsive a un dato *nomen* corrisponda una nozione sufficientemente univoca al fine di consentire alle persone di agire in modo comunicativo [...] Che in tema di diritti edificatori si sia ancora lungi da simile condizione essenziale è testimoniato dalla variabilità del lessico: diritti edificatori è solo l'espressione di ultima moda, in precedenza oggetti strettamente analoghi venivano chiamati cessione, o trasferimenti di volumetrie, o di cubature"<sup>28</sup>.

Anche la tesi che ricostruisce la volumetria in termini di bene giuridico immateriale non giunge a risolvere il problema della natura del diritto che su tale bene si esercita e lascia anche incerto l'inquadramento di quell'ipotesi di circolazione dei diritti edificatori (cd. "in volo") che si verifica quando il Comune formalizza in un documento le indicazioni caratteristiche, quali la consistenza effettiva della cubatura, gli indici di adeguamento della stessa in funzione dei fondi riceventi, le eventuali scadenze per la fruizione della cubatura, gli oneri a cui è subordinata la fruizione del diritto edificatorio. In questi casi, il diritto edificatorio è in qualche modo rappresentato in via documentale e può formare oggetto di una serie indefinita di cessioni successive, sicché ciò che circola è una sorta di "credito di volumetria" e il diritto non è collegato alla titolarità di un fondo. E' allora quanto meno problematico ravvisare in esso i caratteri di una facoltà proprietaria, che diverrebbe tale solo nel momento della utilizzazione effettiva<sup>29</sup>.

### **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.**

Le riflessioni condotte sin qui mostrano in quale misura sia avvertita l'esigenza di fornire risposte sul piano giuridico a nuovi fenomeni in cui la dimensione dell'appartenenza tende ad allargarsi, fino a comprendere delle situazioni che si pongono spesso in una zona di confine rispetto alla tradizionale classificazione dei diritti patrimoniali accolta nella tradizione romanistico-continentale, segnata dalla dicotomia tra diritti personali e diritti reali, nonché dalla articolazione di questi ultimi in fattispecie tipiche, rigorosamente previste dal legislatore.

L'osservazione che può essere tratta, alla luce degli esempi forniti, è che nel momento in cui si rimette in discussione il principio di tipicità dei diritti reali, ritenendolo ormai un retaggio di una concezione lontana nel tempo e non più adeguata ai tempi attuali, ci si avvede che esso "resiste" più di quanto si poteva immaginare.

La vicenda del nuovo diritto "a godimento speciale", coniato in Francia e destinato appunto a ridimensionare (se non a vanificare del tutto) la categoria stessa dei diritti reali tipici, testimonia in modo piuttosto evidente le difficoltà con cui si scontra il giurista continentale nel momento in cui si accinge a de-costruire le nozioni e le classificazioni tradizionali. Infatti, dopo il generale entusiasmo con cui ha salutato il nuovo corso inaugurato dalla sentenza *Maison de Poésie*, la dottrina francese si è avveduta che ammettere un diritto "a godimento speciale", dai contorni vaghi e indefiniti, conduceva a

---

<sup>28</sup> A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, II, p. 3 ss., a p. 6.

<sup>29</sup> V. ancora F. GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

porre in discussione le fondamenta stesse del modello di proprietà alla base del codice napoleonico: “non esisterebbe più la proprietà esclusiva, che assorbe tutte le utilità della cosa, ma solo rapporti di utilizzazione-godimento”<sup>30</sup>. E’ significativo che la stessa Corte di cassazione francese è sostanzialmente ritornata sui propri passi, raggelando gli entusiasmi suscitati dalla precedente sentenza.

Con riferimento al nostro ordinamento, le problematiche connesse ai cd. diritti edificatori danno la misura delle difficoltà che si incontrano quando si tenta di ricondurre nell’ambito della categoria dei diritti reali una fattispecie, quale il trasferimento di cubatura, che conosce nella prassi delle varianti così diverse da sfuggire ad una riconduzione entro i confini di una categoria unitaria e ben definita.

La tipicità dei diritti reali, quindi, ad onta delle molteplici rivisitazioni critiche che ne pongono in discussione l’utilità e l’attualità, continua a costituire un criterio ordinatore difficilmente superabile, perché “un numero eccessivo di diritti reali sostanzialmente nuovo e di incerto contenuto non favorisce la sicurezza delle contrattazioni e quindi impaccia l’alienazione dei beni e il ricorso al credito (con limiti inefficienti al mercato). Alla fine, queste e solo queste sono a ben vedere le ragioni di ordine pubblico condivise ancora oggi dalla maggioranza dei giuristi e tali da giustificare il vecchio principio dei diritti reali”<sup>31</sup>. Come si vede, nel momento stesso in cui si pone in luce che la regola della tipicità non risponde più a quelle esigenze che ne giustificavano l’esistenza, se ne afferma comunque la sua valenza di criterio ordinatore della materia.

Il motivo di questa “resistenza” è piuttosto intuitivo e si lega, a ben vedere, con il modo di concepire le “forme di proprietà”<sup>32</sup>. Infatti, la tipicità dei diritti reali è strettamente legata ad una concezione della proprietà che, nella tradizione giuridica romanistico-continentale, continua a fare perno su un nucleo concettuale di riferimento che ravvisa in essa il significato paradigmatico di diritto assoluto ed esclusivo, unico ed indivisibile, del soggetto su un cosa (fisica), mobile o immobile che sia<sup>33</sup>. Questa nozione è al centro del sistema dei diritti reali, che costituiscono una categoria articolata, al suo interno, nell’opposizione tra la proprietà e i diritti reali (minori) e, al suo esterno, nella contrapposizione con la categoria dei diritti personali. Tanto è vero che la nostra giurisprudenza, pur riconoscendo l’ampia autonomia delle parti di dar vita a nuove forme di godimento, continua a rimarcare “la differenza dal punto di vista sostanziale e contenutistico, del diritto reale d’uso e del diritto personale di godimento”, che va colta “proprio nella ampiezza ed illimitatezza del primo, conformemente al canone di tipicità dei diritti reali delineato dalla legge, rispetto alla multiforme atteggiabilità del secondo, che proprio in ragione della natura obbligatoria e non reale del rapporto giuridico prodotto, può essere diversamente regolato dalle parti nei suoi aspetti di sostanza e di contenuto”. Sicché, è ben fermo che: “Il principio di tipicità legale necessaria dei diritti reali [...] si traduce nella regola secondo cui i privati non possono creare figure di diritti reali al di fuori di quelle previste dalla legge, né possono modificarne il regime. Ciò comporta che i poteri che

<sup>30</sup> Così R. BOFFA, *op. cit.*, p. 272.

<sup>31</sup> U. MORELLO, *op. cit.*, p. 75.

<sup>32</sup> Cfr. ampiamente in argomento L. MOCCIA, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in E. del Prato (cur.), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013, t. II, p. 1429 ss.

<sup>33</sup> Cfr. ampiamente G. PUGLIESE, *Dominium ex iure Quiritum – Proprietà – Property*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova, 1982, vol. II, p. 1225 ss.

scaturiscono dal singolo diritto reale in favore del suo titolare sono quelli determinati dalla legge e non possono essere validamente modificati dagli interessati<sup>34</sup>. Dal canto suo, la dottrina francese non esita a ribadire che “la proprietà preesiste al contratto: si trasferisce, si acquista per occupazione, accessione o usucapione, ma non è creata dal contratto, a differenza dell’usufrutto, delle servitù prediali o dell’ipoteca. La proprietà è indivisibile, in quanto accede in modo sostanziale alla cosa. [...] L’orizzonte della proprietà è la cosa; l’orizzonte dei diritti reali è la vita umana”<sup>35</sup>.

A ben vedere, allora, è l’intero assetto dei diritti patrimoniali a poggiare, nella nostra tradizione giuridica, su una *certa* nozione di proprietà. Che sicuramente conosce una progressiva relativizzazione, senza tuttavia essere abbandonata, in ragione della sua valenza tecnico-sistematica. Diversamente da quanto accade, invece, nell’esperienza dei paesi di *common law*, in cui la concezione patrimonialistica della “proprietà” conduce a ritenere perfettamente compatibile la coesistenza su un medesimo bene di una pluralità di diritti di proprietà (*property rights*), stante l’idea (di origine feudale) della frammentazione e graduazione di tali diritti in capo a diversi soggetti titolari<sup>36</sup>.

Beninteso, osservando quanto sia arduo discostarsi da classificazioni e concetti che continuano ad innervare il modello romanistico-continentale di proprietà, si vuole solo richiamare l’utilità di certe nozioni e definizioni, che vanno evidentemente prese per quel che sono e cioè niente altro che strumenti, schemi concettuali di cui il giurista si avvale per la sua scienza e che valgono a ordinare i dati di esperienza<sup>37</sup>. In proposito, è utile richiamare i sempre istruttivi rilievi del Pugliatti che osservava: “Ho ammesso implicitamente che, almeno per il giurista, sia utile se non necessario, determinare il concetto di proprietà; e a me pare che per la sistematica intesa come temperamento di esigenze teoriche e pratiche, e cioè come tessuto di concetti ricavati dal diritto positivo [...] non si possa negare l’utilità del concetto di proprietà, come di altri concetti generali (e se si vuole tradizionali): cioè, in sostanza, collaudati nella loro utilità e legittimità, appunto, dall’impiego e dal buon uso nel succedersi degli anni e delle generazioni”. “Il giurista [...] non può fare a meno di schemi e di astrazioni. Ha bisogno di concetti, che gli consentano di ordinare i dati della sua peculiare esperienza”<sup>38</sup>. Cade opportuno, qui, il richiamo all’osservazione secondo cui “le forme e i mezzi del tecnicismo giuridico sono in numero più ristretto di quanto si crede”, sicché “lo studioso che osserva un fatto nuovo, prima di dargli una propria figura o esprimere una nuova dottrina, cerca di ricondurlo alle figure e alle dottrine a lui già note”<sup>39</sup>.

Ci si deve chiedere quindi se, piuttosto che archiviare nozioni e categorie collaudate da un impiego di lunga durata, o propugnarne un temperamento attraverso l’affermazione di

<sup>34</sup> Cass., sez. II, 26 febbraio 2008, n. 5034, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 298.

<sup>35</sup> Così R. BOFFA, *op. cit.*, p. 272.

<sup>36</sup> L. MOCCIA, Il modello inglese di proprietà, in AA.VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 3<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2012, p. 45 ss. Cfr. altresì, per un quadro di sintesi comparatistico sui problemi definitori della “proprietà”, L. MOCCIA, Basic Ways of Defining Property, in AA.VV. *Studi in memoria di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 761 ss.

<sup>37</sup> Cfr. L. MOCCIA, *Riflessioni ecc.*, *cit.*, p. 53.

<sup>38</sup> S. PUGLIATTI, La proprietà nel nuovo diritto, Milano, 1954, p. 147, cit. in L. MOCCIA, *op. loc. ult. cit.*, alla nota 60.

<sup>39</sup> Così B. BRUGI, *Della Proprietà*, vol. I, Napoli-Torino, 1918, rit. 2<sup>a</sup> ed. 1923, p. 426, su cui v. *amplius* L. MOCCIA, *Forme della proprietà ecc.*, *cit.*, p. 1433.

un improbabile numero *quasi* chiuso di diritti reali<sup>40</sup>, non sia invece possibile affrontare in modo pragmatico situazioni come quelle descritte in queste pagine. In tale ottica, ad esempio, si può avanzare l'ipotesi che non sia priva di senso la scelta del nostro legislatore di prevedere l'accesso alla pubblicità per i contratti costitutivi o traslativi di diritti edificatori, senza però qualificarne la natura in termini, appunto, di diritti reali o di diritti personali. Ché, in fondo, l'esigenza sottesa al fenomeno si risolve, in buona sostanza, proprio nella necessità di garantire la conoscibilità ai terzi di un vincolo che grava, in qualche modo, sul bene immobile.

---

<sup>40</sup> S. VAN ERP, *A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?*, in *Electr. J. Comp. L.*, 2003; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, 2008. Cfr., al riguardo, i rilievi di P. SPARKES, *Certainty of Property; Numerus clausus or the Rule with No Name*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 769 ss.