



STEFANO TROIANO

Professore ordinario di diritto privato – Università di Verona

CIRCOLAZIONE DEL DIRITTO DI SOPRAELEVAZIONE NEL CONDOMINIO E RIFLESSI IN TEMA DI PRESCRIZIONE E PUBBLICITÀ IMMOBILIARE *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'attribuzione, del diritto di sopraelevare, a soggetto diverso da quelli previsti dalla legge, contenuta nel titolo del condominio. – 3. L'alienazione, del diritto di sopraelevare, a soggetto diverso da quelli previsti dalla legge, fatta dal titolare dello stesso. – 4. Gli effetti dell'attribuzione, contenuta nel titolo, a soggetto diverso da quelli contemplati dalla legge. – 5. Gli effetti dell'atto di trasferimento compiuto dal titolare: conseguenze sul piano della prescrittibilità e della pubblicità immobiliare. – 6. Segue. Alcuni rilievi critici. La vexata quaestio della natura giuridica del diritto di sopraelevare: facoltà compresa nel diritto di proprietà dell'ultimo piano o diritto reale autonomo su cosa altrui? – 7. Segue. Conseguenze della qualificazione della sopraelevazione come oggetto di un diritto (sui generis) di superficie sul suolo comune.

1. – Le riflessioni che seguono traggono occasione dalla lettura di uno degli ultimi scritti dati alle stampe da Giovanni Gabrielli prima della scomparsa: un sintetico ma incisivo articolo in cui il compianto Autore, da sempre impegnato a ricercare tra le pieghe del sistema gli spazi, anche i più angusti, che l'ordinamento mette a disposizione della libertà negoziale¹, indaga con scrupolo meticoloso le molteplici direzioni che può assumere l'autonoma privata nell'apportare deroga alla disciplina della sopraelevazione nel condominio, quale dettata nell'art. 1127 c.c.

Un'attenzione particolare riveste, in questo contesto, l'analisi in merito alla possibilità di attribuire la facoltà di sopraelevare a persone diverse da quelle indicate dalla legge, ossia diverse dal proprietario dell'ultimo piano o dal proprietario esclusivo del lastrico solare, contemplati come titolari della predetta facoltà nel già menzionato art. 1127, co. 1°, c.c.

La questione, apparentemente marginale, merita al contrario un esame non distratto, non solo per l'incidenza pratica non trascurabile che essa possiede, considerato l'elevato valore economico che si può riconoscere alla facoltà di sopraelevare, e quindi il rilevante interesse che a ciò si collega a deciderne, in via di autonomia privata, la titolarità, ma anche perché offre l'occasione per riflettere sul più generale problema della natura giuridica della facoltà di sopraelevare, la cui risoluzione può avere considerevoli conseguenze sul piano della disciplina degli atti che di tale

* Il presente scritto è destinato agli *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*.

¹ Il riferimento è allo scritto *Facoltà di sopraelevazione dell'edificio condominiale e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 37 ss. In materia di pubblicità immobiliare, sia qui consentito ricordare anche il fondamentale ultimo lavoro monografico di Giovanni Gabrielli, inserito nel Trattato diretto da Rodolfo Sacco e pubblicato solo un anno prima della scomparsa (*La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, *La parte generale del diritto civile*, 4, Torino, 2012).



prerogativa giuridica determinano la circolazione, in particolare dal punto di vista della relativa pubblicità immobiliare².

La questione, come l'autore del ricordato scritto ben evidenzia, si può declinare in due varianti, secondo che si abbia riguardo ad una vera e propria deroga contenuta nel titolo costitutivo del condominio o ad un successivo atto di alienazione della facoltà di sopraelevare compiuto dal titolare della medesima.

2. – Per quanto riguarda la prima ipotesi, la formulazione dell'art. 1127 c.c., lì dove prevede che la facoltà di sopraelevazione spetta al proprietario dell'ultimo piano o al proprietario esclusivo del lastrico solare “salvo che diversamente risulti dal titolo”, sembra nella sua ampiezza ammettere che il titolo³ possa tanto (a) escludere del tutto il diritto in parola o subordinarlo a determinate condizioni⁴ quanto (b) attribuirne la titolarità a persona diversa da quelle indicate dalla legge⁵.

(a) Con riguardo alla prima fattispecie (di cui è opportuno occuparsi comunque, anche se non implica la modifica della titolarità del diritto ma solo la sua esclusione), si è precisato che l'*esclusione del diritto di sopraelevazione*, quando sia configurata come semplice sottrazione della facoltà di sopraelevare al condomino che per legge ne sarebbe titolare (anziché come radicale esclusione della sopraelevazione), “non può intendersi come diretta ad escludere in assoluto la liceità della sopraelevazione stessa”, perché “quest'ultima sarà pur sempre consentita al gruppo dei condòmini, che intenda giovare di parti comuni, quali sono l'area di sedime e le strutture portanti del già esistente edificio, per fare su di esse insistere uno o più piani aggiuntivi”⁶. Questa premessa induce a respingere l'affermazione, che si riscontra con frequenza nella giurisprudenza di legittimità⁷, secondo la quale l'accordo dei condòmini che esclude il diritto di soprae-

² V., da ultimo, con attenzione allo specifico profilo del regime di pubblicità, T. PASQUINO, *Trasferimento del diritto di sopraelevazione di cui all'art. 1127 c.c. e regime di pubblicità*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, p. 176 ss.

³ Per “titolo”, quale atto idoneo a derogare alla disciplina di legge in materia di sopraelevazione, s'intende di norma non solo l'atto costitutivo del condominio ma anche un successivo contratto o un regolamento condominiale di natura contrattuale (nella misura in cui incide su poteri e facoltà spettanti ai condòmini sulle parti dell'edificio di loro esclusiva proprietà: Cass. 3 dicembre 1994, n. 10397, che ha riguardo al caso in cui l'accordo dei condòmini sia diretto ad escludere la facoltà di sopraelevare, accordo che la Corte qualifica come volto a costituire una servitù *altius non tollendi*; v. anche *infra sub* nota 6 e *sub* § 4) approvato all'unanimità dai condòmini (G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 531; A. VISCO, *Le case in condominio*, 7a ed., Milano, 1967, I, p. 522 ss.).

⁴ Cfr. D.R. PERETTI GRIVA, *Il condominio di case divise in parti*, Torino, 1960, p. 252; L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 1950, p.127, nt. 1; G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁵ Come rileva G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 37, un'analoga riserva (con la connessa possibilità di deroga) non è prevista nel co. 2° con riguardo al proprietario esclusivo del lastrico solare, ma “nessuna ragione giustificerebbe l'inderogabilità dell'attribuzione di uno solo dei due alternativi titolari della facoltà stessa”. Si deve quindi concludere che il titolo può attribuire la facoltà di sopraelevare a terzi anche nel caso in cui il lastrico solare sia di proprietà esclusiva di un condomino.

⁶ G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 38.

⁷ V. Cass. 3 dicembre 1994, n. 10397, in *Rep. Giust. civ.*, 1994, voce *Comunione e condominio*, 99, Cass. 6 dicembre 2000, n. 15504; App. Milano, 25 giugno 2004, in *Arch. Loc.*, 2005, p. 315.

JUS CIVILE



levazione sarebbe diretto a costituire una servitù *altius non tollendi* a carico dell'ultimo piano o del lastrico solare: tale qualificazione, si osserva, sarebbe appropriata solo per il caso in cui l'accordo stabilisse in modo esplicito che la sopraelevazione è preclusa a chiunque⁸.

È opportuno precisare che la dottrina ora riportata si regge, in termine espliciti, su un'ipotesi di qualificazione della facoltà di sopraelevare che, pur trovando ampio seguito nella letteratura in argomento, non è unanimemente condivisa. Si tratta dell'idea che la facoltà di sopraelevare non sia una facoltà all'origine (e, quindi, intrinsecamente) compresa nel diritto di proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare, bensì derivi dalla (libera) scelta della legge di concentrare, nel proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, una facoltà che astrattamente spetterebbe, invece, a tutti i condòmini, quali proprietari del suolo e delle parti comuni dell'edificio che su di esso insistono⁹. Un'opinione, questa, alla quale si contrappone l'altra, che ha trovato di recente l'avallo anche delle sezioni unite della Corte di Cassazione¹⁰, secondo cui l'edificazione del condominio comporterebbe invece il progressivo spostamento verso l'alto del piano di accessione, che verrebbe a corrispondere, ad ogni sopraelevazione, al piano edificato per ultimo, con la conseguenza che il proprietario dell'ultimo piano (o del lastrico solare) sarebbe, per così dire “naturalmente” e fin dall'origine, proprio perché titolare esclusivo del piano o della porzione di piano rispetto al quale opera l'accessione, solo ed unico titolare anche del diritto di edificarvi.

Prescindendo per il momento dall'analisi nel dettaglio degli argomenti su cui si basa l'orientamento delle sezioni unite – sui quali torneremo più avanti (v. *infra*, sub § 6), anche per evidenziarne alcuni elementi che ci paiono di incongruenza¹¹ –, quanto preme qui rilevare, però, è che, a nostro avviso, mentre l'accoglimento del predetto orientamento sarebbe effettivamente incompatibile con la tesi che qualifica l'accordo dei condòmini volto a sottrarre la facoltà di sopraelevare al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare come negozio idoneo a ripristinare la titolarità condivisa di tale facoltà da parte del gruppo dei condòmini, proprio perché si nega in questa prospettiva che all'origine vi sia una siffatta, astratta, facoltà del gruppo, non ci sembra per converso che il rigetto di questo orientamento induca necessariamente ad accogliere, per quanto attiene alla qualificazione di tale accordo, l'ipotesi suggerita dall'autorevole dottrina sopra richiamata, ossia appunto quella di un accordo che vale a ripristinare la contitolarità condominiale della facoltà di sopraelevare.

Questa soluzione non tiene, infatti, in adeguato conto la constatazione che, se è vero che la

⁸ G. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁹ Per gli opportuni riferimenti v. *infra* sub § 6.

¹⁰ Cass., sez. un., 30 luglio 2007, n. 16794, in *Giur. it.*, 2008, p.1128 ss., con nota di F. PUGLIESE, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 654 ss., con note di N. IZZO e di M. TORODOVA, e in *Corriere del Merito*, 2008, p. 51 ss. nota di G. TRAVAGLINO. Su questa pronuncia v. *amplius infra* sub § 6.

¹¹ Pur movendo espressamente nel senso dell'accoglimento della tesi dello spostamento verso l'alto del piano di accessione, le sezioni unite finiscono, infatti, per raggiungere soluzioni che non sono, a ben vedere, necessariamente implicate da quella premessa: ne parleremo *infra* sub § 6.

JUS CIVILE



facoltà di sopraelevare, in assenza della diversa disposizione di legge, dovrebbe ritenersi appartenente a tutti i condòmini, è vero però anche che essa, *in concreto*, è attribuita al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, sicché la volontà di riattribuirla a (tutti) i condòmini, *pro quota*, compreso quello a cui espressamente si dichiara di toglierla, non può ritenersi automaticamente implicita in una dichiarazione di volontà espressa nei termini di semplice "sottrazione della facoltà al proprietario dell'ultimo piano" (o del lastrico solare). Il modo in cui è espressa tale volontà e il contesto complessivo dell'atto potrebbero indurre, infatti, a risultati diversi, cioè a ritenere che i condòmini abbiano effettivamente voluto escludere del tutto la possibilità di sopraelevazione, da chiunque decisa.

Ad avviso di chi scrive, perché l'atto possa essere qualificato nei termini indicati (ossia come atto avente l'effetto di ripristinare la titolarità comune del diritto di soprizzo) è sempre necessario qualche ulteriore elemento emergente dall'atto, da cui una tale volontà risulti, il tutto risolvendosi, in definitiva, in un puro problema di interpretazione, non risolvibile sulla base di automatismi ermeneutici individuati *ex ante*.

Sulla questione si tornerà peraltro più avanti, perché le diverse interpretazioni possibili della volontà dei condòmini incidono in modo decisivo, come è ovvio, sulla disciplina dell'atto (v. *infra sub* § 4).

(b) Con riguardo alla seconda fattispecie, non par dubbio che il titolo possa, innanzitutto, attribuire il diritto di sopraelevare ad un *condomino diverso dal proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare*. Per sostenere il contrario, occorrerebbe dimostrare che la facoltà di sopraelevare sia inscindibilmente connessa alla proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare. Non sembra tuttavia che un simile nesso di inscindibilità si possa ravvisare. È ben vero, infatti, che la legge concentra la facoltà di sopraelevare su tali soggetti in quanto si tratta di quelli che, presumibilmente, vi sono maggiormente interessati, sia perché destinati a sopportare in misura più rilevante i disagi dei lavori di costruzione sia perché, in particolare nel caso in cui la sopraelevazione costituisca una pertinenza del piano sottostante (ad esempio, sottotetto con funzione di isolare o proteggere l'appartamento sottostante dal freddo e dall'umidità), sono destinati a fare un uso immediato e diretto del nuovo bene e possono quindi sfruttare al meglio la sopraelevazione¹². Si preven- gono in questo modo anche i conflitti che potrebbero agevolmente insorgere lì dove la decisione dovesse essere assunta congiuntamente da tutti i condòmini¹³. Si tratta, tuttavia, di semplici esigenze di opportunità, che giustificano la scelta della legge, ma che non precludono una diversa valutazione da parte della collettività dei condòmini (o del soggetto che ini-

¹² Cass. 10 giugno 1997, n. 5164. Oltre a questa esigenza principale, a formare la *ratio* della norma sembrano concorrere anche altre istanze, prima fra tutte quella, avvertita soprattutto nel periodo in cui venne redatto il codice, di agevolare l'attività edificatoria, semplificando le modalità della sopraelevazione che sarebbero altrimenti eccessivamente complicate qualora, per l'esercizio del diritto, si richiedesse un accordo tra tutti i condòmini (A. VISCO, *op. cit.*, p. 505).

¹³ Cfr. M. CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 50; A. ALAMANNI, *Sopraelevazione*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. Visintini, III, *La comunione e il condominio*, a cura di F. Alcaro, Padova, 2013, p. 447.

JUS CIVILE



zialmente costituisce il condominio). Ciò è a maggior ragione vero se si considera che la sopraelevazione, se in concreto coinvolge più da vicino chi è proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, tuttavia incide significativamente sulla posizione di *tutti* i condòmini (come è confermato dall'espressa rilevanza che la legge attribuisce alla tutela delle condizioni statiche, dell'aspetto architettonico e delle condizioni di aria e di luminosità dello stabile)¹⁴.

Diversa, ed ulteriore questione, è se il titolo possa attribuire la facoltà di sopraelevare non solo a un condomino diverso da quelli indicati dalla legge ma anche ad un *estraneo*, ossia ad un soggetto *non appartenente alla compagine condominiale*¹⁵.

A parere di chi scrive, la soluzione positiva¹⁶ si impone, per le ragioni che si andranno di seguito ad illustrare.

Un primo rilievo è di carattere generale ed attiene alla derogabilità della disciplina del condominio. Sul piano oggettivo il condominio si caratterizza, com'è noto, per la "coesistenza delle proprietà esclusive delle unità abitative e della comproprietà delle parti dell'edificio funzionalmente connesse con tali unità"¹⁷. In particolare, la comproprietà delle parti serventi, quale elemento costitutivo della nozione oggettiva di condominio, rappresenta una forma speciale di comunione, nel cui schema generale rientra ma all'interno del quale al contempo si distingue per la particolare connessione funzionale che caratterizza le parti comuni¹⁸. Tale connessione funzionale, che si specifica come strumentalità delle parti comuni alla realizzazione delle esigenze abitative dei condòmini, sta alla base della peculiare disciplina del condominio, che è volta a "tutelare l'ordinaria gestione e conservazione dell'edificio e le esigenze abitative dei singoli condòmini"¹⁹. Rimane ferma, peraltro, l'applicabilità, per quanto non espressamente previsto, della disciplina della comunione (come prevede l'art. 1139 c.c.), la quale, com'è altrettanto noto, riconosce ampio spazio di esplicazione all'autonomia privata, che ne costituisce la principale fonte regolatrice (v. art. 1100 c.c.), rispetto alla quale le norme del codice civile esplicano soltanto funzione suppletiva.

Da questa premessa ci sembra discendere che, lì dove la speciale disciplina del condominio riconosce spazio a deroghe fondate sul titolo, come nel caso di specie, l'unico limite (specifico)

¹⁴ Né, con riferimento al caso specifico in cui il lastrico solare sia di proprietà esclusiva di un condomino, si può ritenere che non sia consentita la sopraelevazione da parte di soggetto diverso da questo perché altrimenti verrebbe sacrificato in via definitiva l'interesse del proprietario del lastrico solare: si deve ricordare, infatti, che il sopraelevante è comunque tenuto, una volta conclusa la sopraelevazione, a ricostruire il lastrico solare (art. 1127, co. 4°, c.c.), e ciò a prescindere dal fatto che si tratti di lastrico di proprietà condominiale o di proprietà esclusiva. Secondo la formulazione della norma, infatti, "egli è ... tenuto a ricostruire il lastrico solare di cui tutti o *parte dei condòmini* avevano il diritto di usare" (corsivo aggiunto).

¹⁵ I casi noti di attribuzione, nel titolo, della facoltà di sopraelevazione a terzi riguardano, inverò, l'attribuzione a condòmini diversi dal proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare (v. Cass. 24 maggio 1968, n. 1593, in *Riv. giur. edil.*, 1968, I, p. 1337).

¹⁶ Condivisa anche dal citato scritto: G. GABRIELLI, *Facoltà di sopraelevazione cit.*, p. 38.

¹⁷ C.M. BIANCA, *Nozione di condominio*, in C. M. BIANCA (a cura di), *Il condominio*, Torino, 2007, p. 1.

¹⁸ Per tutti, v. sempre C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 1 s.

¹⁹ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 2.

JUS CIVILE



all'esplicazione dell'autonomia privata debba essere rappresentato, appunto, dalla salvaguardia delle esigenze abitative dei condòmini. Non sembra, tuttavia, che l'attribuzione della titolarità della facoltà di sopraelevare a soggetti estranei al condominio determini, in sé, pregiudizio alle esigenze abitative dei condòmini. Il terzo viene, infatti, ad acquisire un diritto che è soggetto, nel suo esercizio, agli stessi limiti e alle stesse cautele che incombono al proprietario dell'ultimo piano o al proprietario esclusivo del lastrico solare quando la facoltà spetti a costoro: limiti e cautele che sono esplicitati nell'art. 1127 c.c. proprio in funzione di tutela degli interessi dei condòmini²⁰.

Per affermare che il titolo non possa attribuire la facoltà di sopraelevare a un soggetto estraneo alla compagine del condominio si dovrebbe sostenere che la facoltà di sopraelevare è, per qualche ragione, inscindibilmente associata alla qualità (non tanto, per quanto detto sopra, di proprietario dell'ultimo piano o di proprietario del lastrico solare, ma) di condomino, ossia alla titolarità in proprietà esclusiva di un piano o porzione di piano compresa nell'edificio condominiale. Non sembrano esservi tuttavia ragioni che consentano di fondare una simile affermazione.

Infondata è, infatti, come si è appena detto, la preoccupazione secondo cui in questo caso il titolare del diritto di sopraelevare, non essendo condomino, non sarebbe soggetto ai limiti per la sopraelevazione previsti dalla disciplina del condominio.

In secondo luogo, non sembra che alla facoltà di sopraelevazione, che è, almeno astrattamente (ossia prescindendo dalla specifica titolarità che ne indica l'art. 1127 c.c.), compresa nel diritto di proprietà sul suolo e che quindi si configura, all'origine, come una facoltà di tutti i condòmini, solo per ragioni di opportunità concretamente attribuita ad uno solo di essi, si possa applicare una regola più restrittiva, in punto di titolarità, rispetto a quella che la legge detta per le parti comuni del condominio. Com'è noto, l'art. 1117 c.c., nell'elencare le parti comuni, prevede, anche nella nuova formulazione introdotta dalla recente riforma del condominio²¹, che il titolo possa derogare alla presunzione di comunione in questa norma dettata, e non pone limiti riguardo alla possibilità di attribuire la titolarità di tali parti non solo ad uno o più singoli condòmini, ma anche a terzi estranei. Né distinzioni vengono poste, a questo riguardo, tra parti necessarie per l'esistenza dell'edificio e parti strumentali ad una migliore utilizzazione del condominio e dei servizi ad esso offerti²², sicché, nel silenzio della legge, nessuno dovrebbe poter dubitare, riteniamo, che anche le prime, compreso, tra queste, il suolo, nonostante il loro carattere "essenziale", possano essere attribuite ad estranei (come accade, ad esempio, quando il titolo riserva la proprietà del suolo all'originario costruttore dell'immobile²³, che non conservi la proprietà di

²⁰ Il titolo non potrebbe dunque attribuire al terzo un diritto di sopraelevare svincolato dal rispetto dei limiti dettati dall'art. 1127 c.c., che devono ritenersi, pertanto, inderogabili.

²¹ L'art. 1117 c.c., è stato, infatti, integralmente sostituito dall'art. 1 della l. 11 dicembre 2012, n. 220, entrata in vigore il 17 giugno 2013. La riforma non ha toccato, invece, il testo dell'art. 1127 c.c., relativo al diritto di sopraelevazione.

²² Per questa distinzione v. M. CAVALLARO, *Le parti comuni*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Il condominio*, cit., 43 ss.

²³ Si pensi al caso in cui chi ha costruito l'immobile vende le singole unità immobiliari comprese nell'edificio riservandosi, all'atto della vendita, la proprietà esclusiva del suolo.

JUS CIVILE



alcuna unità immobiliare compresa nel condominio). Orbene, se ciò lo si afferma con riferimento al suolo²⁴, che è indubbiamente parte essenziale per l'esistenza stessa dell'edificio condominiale, non si vede perché analoga considerazione non possa valere per la titolarità del diritto di sopraelevare l'edificio, che è in definitiva anch'essa, almeno astrattamente (ossia prescindendo dalla specifica titolarità che ne stabilisce l'art. 1127 c.c.), compresa nel diritto di proprietà sul suolo (ossia facoltà di tutti i condomini, per ragioni di opportunità concretamente attribuita ad uno solo di essi).

3. – Le considerazioni che inducono a ritenere che il titolo del condominio possa attribuire la titolarità della facoltà di sopraelevare ad altri soggetti, che siano o no condòmini, si possono addurre anche per rispondere positivamente al secondo quesito posto in avvio di questa indagine, ossia se colui che è individuato dalla legge (o, per quanto detto *sub* § 2, dal titolo) quale titolare della facoltà di sopraelevare, ossia il proprietario dell'ultimo piano o il proprietario del lastrico solare (o il diverso soggetto a cui il titolo abbia attribuito tale facoltà), possa validamente alienare tale facoltà a terzi.

Anche con riferimento a questa ipotesi possiamo distinguere, per ragioni di chiarezza, il caso di alienazione ad altro condòmino da quello di alienazione a soggetto estraneo alla compagine condominiale, ma per entrambi la soluzione dovrebbe essere positiva.

Per il primo caso, si può, infatti, nuovamente richiamare la già rilevata assenza di un nesso di inscindibilità necessaria tra titolarità della facoltà di sopraelevare e proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare.

A questa conclusione giungono anche la dottrina prevalente²⁵ e la giurisprudenza, quest'ultima precisando che, in assenza di diversa disposizione del titolo, al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare è consentito alienare il suo diritto di sopraelevare, anche separatamente dalla proprietà del suolo²⁶.

In dottrina, la tesi che afferma l'inscindibilità della facoltà di sopraelevare dal diritto di proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare, è sostenuta anche sulla base di un argomento di carattere formale, ovvero la circostanza che l'art. 1127 c.c. individua la sopraelevazione come og-

²⁴ Ma lo si afferma anche con riferimento ad altre parti comuni, quali, ad es., il lastrico solare, rispetto al quale parimenti si ammette che il titolo ne attribuisca la proprietà esclusiva ad un estraneo: v. L. FAMULARO, *Il lastrico solare*, in C. M. BIANCA (a cura di), *Il condominio*, cit., p. 341 s.

²⁵ V., ad esempio, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 516, G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 42, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il codice civile. Commentario* a cura di P. Schlesinger, 2° ed., Milano, 1998, p. 194.

²⁶ Cass. 27 luglio 1964, n. 2073, la quale distingue il diritto di sopraelevare dal diritto di proprietà dell'area soprastante l'edificio: "Il diritto di sopraelevazione è un diritto esclusivo del proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare e, come esplicitazione del diritto di proprietà, può formare oggetto autonomo di un negozio di trasferimento a favore di altro condòmino o di terzi; l'area soprastante l'edificio condominiale appartiene, invece, ai condòmini del suolo su cui insiste l'edificio, i quali nel momento in cui sorge la sopraelevazione, vengono privati della comproprietà e, di tale perdita, debbono pertanto essere indennizzati".

JUS CIVILE



getto di una “facoltà” compresa all’interno del diritto di proprietà e non di un autonomo diritto²⁷. Com’è stato esattamente obiettato, anche le facoltà di cui si compone il diritto di proprietà possono tuttavia formare oggetto di cessione, venendo a distaccarsi, quando ciò avvenga, dal diritto di proprietà e dando vita ad un autonomo diritto reale di godimento su cosa altrui, come è vero per i casi di costituzione derivativa di un diritto di usufrutto o di superficie o di cubatura²⁸. La possibilità di trasferimento (derivativo-costitutivo) può dunque essere negata solo dimostrando che quella specifica facoltà non è separabile dal diritto di proprietà in quanto è intrinsecamente e necessariamente strumentale alla tutela della posizione del proprietario: ma così non è, come si è visto, perché il collegamento tra sopraelevazione e proprietà dell’ultimo piano o del lastrico solare è fondata su ragioni di semplice opportunità ed in ogni caso, al proprietario che trasferisca la facoltà di sopraelevare, è conservata, a salvaguardia delle sue esigenze abitative, la tutela che l’art. 1127 c.c. attribuisce a tutti gli altri condòmini.

Le stesse ragioni inducono a ritenere il trasferimento ammissibile anche in favore di terzi estranei al condominio, non comportando in sé tale alienazione alcun pregiudizio al condominio o ai singoli condòmini, fermo essendo l’assoggettamento dell’esercizio del diritto di sopraelevazione da parte del terzo ai limiti e alle condizioni di cui all’art. 1127 c.c.²⁹.

4. – Chiariti quali sono i margini di libertà che possono ritenersi riconosciuti, rispettivamente, a tutti i condòmini (o all’originario costituente il condominio) ovvero al singolo proprietario dell’ultimo piano o del lastrico solare nel disporre della facoltà di sopraelevazione, è opportuno soffermarsi più analiticamente sugli effetti di tali atti, nella consapevolezza che dai risultati di tale indagine potrebbero, almeno in teoria, derivare conseguenze significative sul piano della disciplina ad essi applicabile.

Iniziamo dall’ipotesi di deroga contenuta nel titolo.

²⁷ R. TRIOLA, *Beni, proprietà e diritti reali*, III, *Il condominio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino 2002, p. 221, il quale ne trae la conseguenza che l’originario unico proprietario dell’edificio che aliena ad altri le singole unità immobiliari di cui l’edificio si compone non può riservarsi il solo diritto di sopraelevare scisso dalla proprietà esclusiva del lastrico solare. V. anche F. PALERMO, *La superficie*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, VIII, Torino, 1982, p. 3.

²⁸ V. G. GABRIELLI, *op. cit.*, 42.

²⁹ Nei casi in cui, in forza dell’atto di cessione, acquirente del diritto di sopraelevare sia un terzo estraneo alla compagine condominiale, si ritiene che il terzo non diventi per ciò solo condomino bensì acquisti tale qualifica solo dopo aver realizzato la sopraelevazione (Cass. 11 maggio 1984, n. 2889, la quale specifica che il terzo alienatario acquista la qualità di condomino, con tutti i diritti e gli obblighi che ne conseguono, *ipso facto* e *ipso iure* solo dopo aver realizzato la sopraelevazione; in dottrina v. L. SALIS, *Titolarità del diritto di sopraelevazione ed acquisto automatico della comunione sulle parti comuni dell’edificio*, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, p. 1127; A. NICOLETTI, *Le innovazioni e la sopraelevazione nel condominio*, Padova, 1992, p. 113; cfr. anche G. BRANCA, *op. cit.*, p. 517; M. BONI, *op. cit.*, p. 226). La tesi ci pare da condividere, in quanto la qualifica di condomino spetta, ai sensi dell’art. 1117 c.c., a chi è proprietario “dei diversi piani o porzioni di piano di un edificio”, e presuppone dunque la titolarità di un piano o di una porzione di piano esistente nell’edificio, essendo intimamente connessa all’essere portatore di quegli interessi abitativi attuali alla cui tutela è preposto l’istituto del condominio. E non par dubbio che il titolare del diritto di sopraelevare non si trovi in questa condizione fintanto che non venga completato il nuovo piano.

JUS CIVILE



Procedendo con ordine, i casi che si possono ipotizzare al riguardo sono i seguenti: a) alienazione delle singole unità immobiliari da parte del proprietario dell'intero edificio, il quale riserva in proprio favore la facoltà di sopraelevare; b) alienazione delle singole unità immobiliari da parte del proprietario dell'intero edificio con attribuzione della facoltà di sopraelevare ad un condomino diverso dal proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare o ad un terzo; c) regolamento di natura contrattuale o accordo tra tutti i condòmini che escluda la facoltà di sopraelevare del proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare ma che risulti, come abbiamo detto, non precludere la possibilità del gruppo dei condòmini di sopraelevare³⁰.

(a) Nel primo caso, l'atto si configura, a nostro avviso, con un normale caso di alienazione della nuda proprietà con riserva a proprio favore di un diritto reale di godimento (nella specie, di superficie), e ne segue la disciplina, anche sul piano della pubblicità immobiliare. Si ripropone, in particolare, anche con riferimento a questa fattispecie, la stessa questione che divide la dottrina riguardo all'ipotesi, del tutto analoga, dell'alienazione della nuda proprietà con riserva di usufrutto, rispetto alla quale si discute se la costituzione del diritto reale limitato (usufrutto, in quel caso, superficie, nel nostro), debba essere trascritta autonomamente (con una seconda trascrizione da compiersi, a favore dell'alienante e contro l'acquirente, *ex art. 2643, n. 2, c.c.* che si aggiunge a quella, da compiersi, a favore dell'acquirente e contro l'alienante, *ex art. 2642, n. 1*, relativa all'alienazione della proprietà) oppure sia sufficiente la menzione di essa nella nota di trascrizione dell'atto di alienazione o che dalla nota comunque risulti che l'ambito del diritto trasferito è limitato alla nuda proprietà³¹.

(b) Nel secondo caso, l'atto si presenta come alienazione della facoltà di sopraelevare al condomino o al terzo. Occorre tuttavia chiedersi se l'effetto dell'atto sia diverso nelle due sottopotesi appena menzionate (alienazione ad altro condomino e alienazione al terzo). Il problema è di solito trattato in dottrina con riferimento al caso, analogo, anche se non coincidente, di alienazione del diritto di sopraelevare fatta successivamente alla costituzione del condominio da parte del proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, e se ne parlerà pertanto in quella sede (v. *infra sub § 5*).

(c) Nel terzo caso, la qualificazione dell'atto, come abbiamo cercato di dimostrare in avvio di queste riflessioni (v. *supra sub § 2*), può variare in relazione al caso concreto, dipendendo

³⁰ Diversa da questa ipotesi è quella in cui l'accordo risulti, in via d'interpretazione, diretto ad escludere radicalmente la sopraelevazione, anche da parte del gruppo dei condòmini.

³¹ Com'è noto, la prima tesi è sostenuta da NATOLI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, 2° ed., Torino, 1971, p. 40, e L. FERRI e P. ZANELLI, in L. FERRI, D'ORAZI-FLAVONI e ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, 3° ed., in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1995, p. 118; la seconda da R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 134 e F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 188 e ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, 1, Torino, 2012, p. 180 s. Sui termini del dibattito, che vertono sul problema se l'atto determini due modificazioni giuridiche distinte in direzioni inverse (alienazione della proprietà e costituzione del diritto limitato) oppure un'unica vicenda (il trasferimento della nuda proprietà), v. *amplius* e per ulteriori riferimenti A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, 2° ed., Torino, 2008, p. 80.

JUS CIVILE



dalla concreta interpretazione della volontà dei condòmini nel preciso contesto, dovendosi pertanto rifuggire da (a nostro avviso ingiustificati) automatismi interpretativi. Si danno, in particolare, due ipotesi.

(i) Ove risulti che le parti abbiano inteso escludere in radice la possibilità di sopraelevare l'edificio, senza attribuirlo ad alcun altro, corretta ci pare la qualificazione, che si riscontra in alcune pronunce³², la quale ravvisa nell'accordo dei condòmini un atto (da intendersi come regolamento c.d. "contrattuale") volto a costituire una *servitus altius non tollendi* a carico dell'ultimo piano dell'edificio o del lastrico solare e favore di tutti gli altri condòmini, e come tale l'atto andrebbe trascritto ai sensi dell'art. 2643, n. 4, c.c., per gli effetti dell'art. 2644 c.c.

(ii) Ove risulti, invece, che i condòmini abbiano inteso, non già precludere a tutti i condòmini la facoltà di sopraelevare, ma, in buona sostanza, "ripristinare" quella che sarebbe la situazione di titolarità della facoltà di soprizzo qualora non vi fosse una norma, come l'art. 1127 c.c., che la concentra su un unico condomino, più complessa diviene la qualificazione dell'atto sul piano effettuale. L'impiego, da parte nostra, del termine "ripristino" sconta un'ambiguità: parrebbe, infatti, alludere ad una semplice modifica, da parte dei condòmini, delle regole relative all'uso delle cose comuni, rientranti nell'oggetto tipico del regolamento condominiale (ovvero l'ordinaria amministrazione e il miglior godimento della cosa comune), approvato con le maggioranze di cui all'art. 1138, co. 3°, ed opponibile anche in difetto di trascrizione agli eredi e agli aventi causa dei singoli partecipanti, ai sensi dell'art. 1107 c.c.³³. In realtà, il termine "ripristino" può essere adoperato qui solo in senso atecnico, in quanto occorre tenere conto del fatto che, anche in questo caso, come nel precedente, l'accordo dei condòmini va comunque a modificare una situazione di titolarità esclusiva preesistente (ovvero quella che la legge attribuisce appunto al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare) e a tramutarla in una titolarità *pro quota*, sicché la qualificazione corretta pare essere piuttosto quella di un atto di alienazione: l'atto, precisamente, con cui il proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare aliena *pro quota* il diritto di sopraelevazione a tutti gli altri condòmini, conservandone una quota anche per sé. Ne discende che in questa ipotesi l'atto dovrebbe essere trascritto, a nostro avviso, ai sensi dell'art. 2643, n. 3, c.c., ossia della norma che prevede la trascrizione dei contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti del medesimo articolo.

Non sembra invece possibile immaginare, come terza ipotesi, quella in cui i condòmini intendano non solo sottrarre la facoltà di sopraelevare al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, ma anche attribuirla, al contempo, ad un diverso singolo condomino o ad un soggetto estraneo al condominio. Non perché tale eventualità non si possa in concreto verificare ma solo perché non è in alcun modo necessario, a tal fine, un accordo tra tutti i condòmini, essendo piuttosto sufficiente la volontà del solo condomino titolare *ex lege* del diritto di sopraelevare, il

³² Cass. 3 dicembre 1994, n. 10397; Cass. 22 maggio 2000, n. 6643, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 1, p. 772.

³³ L'art. 1107 c.c. è applicabile anche in materia di condominio in virtù del rinvio alla comunione operato dall'art. 1139 c.c.

JUS CIVILE



quale è libero di alienare il proprio diritto ad altri. La volontà dei condòmini non ci sembra, dunque, aggiungere alcunché alla volontà del condomino proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, né avrebbe valore una volontà dei condòmini che movesse in senso contrario, nel senso cioè di precludergli tale facoltà. Diversa questione è se i condòmini, in questo caso sì, necessariamente, con intento unanime, intendano apporre deroga alla disciplina della sopraelevazione per quanto attiene in particolare ai limiti previsti nei commi 2° e 3° dell'art. 1127 c.c. Nella misura in cui tali limiti sono derogabili, infatti, non par dubbio che la relativa deroga richiede il consenso di tutti i partecipanti, in quanto va ad incidere su prerogative del singolo condomino poste a salvaguardia dei diritti di proprietà individuale e del condominio. In particolare, escluso che si possa derogare al comma 2°, che attiene al rispetto delle condizioni statiche dell'edificio, limite certamente insuperabile³⁴, l'eventuale deroga al comma 3°, da ritenersi invece possibile³⁵, comporta rinuncia, da parte di ciascun condomino, al potere di opporsi alla sopraelevazione ove questa pregiudichi l'aspetto architettonico dell'edificio ovvero diminuisca notevolmente l'aria o la luce dei piani sottostanti.

5. – Vediamo ora il secondo ordine di ipotesi, ovvero quello di alienazione da parte del proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare (o dell'altro titolare individuato dal titolo), successiva alla costituzione del condominio (e in difetto di titolo che precluda in radice l'alienazione), e consideriamo partitamente i due casi che si possono configurare: alienazione ad altro condomino e alienazione a soggetto estraneo alla compagine condominiale.

Secondo un'opinione, che è condivisa anche nello scritto da cui prende le mosse il presente contributo, le due fattispecie andrebbero distinte dal punto di vista degli effetti.

Nel primo caso, infatti, la facoltà di sopraelevare, intesa per legge come una delle componenti del diritto di proprietà sull'ultimo piano o sul lastrico solare, resta, pure a seguito dell'alienazione, "componente del contenuto di una delle proprietà esclusive degli enti condominiali": si ha, quindi, secondo quanto si afferma, un mutamento nell'identificazione dell'ente cui la facoltà è connessa ma "senza che ne consegua l'esigenza di un mutamento di natura della facoltà stessa"³⁶.

Nel secondo caso, invece, la facoltà del proprietario, una volta trasferita ad altri, "muta natura, configurandosi come autonomo diritto reale sulla cosa altrui", esattamente come nell'ipotesi di cessione della facoltà di edificare su un fondo, la quale si traduce, ai sensi dell'art. 952 c.c., in

³⁴ V. G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 45 s. Rimane però ferma la possibilità che i condòmini, con consenso unanime, autorizzino colui che intende sopraelevare ad eseguire le opere di rafforzamento e consolidamento necessarie a rendere idoneo l'edificio a sopportare il peso della nuova costruzione (con la conseguenza che un'autorizzazione che non prevedesse queste cautele sarebbe priva di effetto: v. Cass. 5 aprile 1977, n. 1300, e Cass. 26 maggio 1986, n. 3532).

³⁵ Il limite del pregiudizio per l'aspetto architettonico dell'edificio o quello della diminuzione notevole dell'aria o della luce dei piani sottostanti non sono, infatti, assoluti ma relativi, in quanto è rimesso alla scelta dei singoli condòmini controinteressati o del condominio se opporsi oppure no alla sopraelevazione.

³⁶ G. GABRIELLI, *La facoltà di sopraelevare cit.*, p. 43.

JUS CIVILE



costituzione di un (autonomo) diritto di superficie sul proprio fondo³⁷.

Da questa diversità di effetti, la dottrina in parola ricava importanti conseguenze sul piano della disciplina applicabile, per quanto attiene, rispettivamente, alla (a) *prescrittibilità* del diritto/facoltà di sopraelevare in capo all'acquirente, condomino o estraneo, e alla (b) *pubblicità immobiliare*.

(a) Riguardo alla prescrizione, si ritiene, in particolare, che, ove destinatario della cessione sia un altro condomino, la facoltà non sia soggetta a prescrizione, come non lo sarebbe in capo al condomino alienante, perché in entrambi i casi si tratta di emanazione della proprietà di un'unità abitativa compresa nel condominio, sicché, in entrambi, il titolare "nell'esercizio ... si gioverà di parti dell'edificio che anche a sé appartengono in comunione, quali sono l'area di sedime, le strutture portanti e lo spazio sovrastante"³⁸. Qualora acquirente della facoltà di sopraelevare fosse invece un terzo, proprio perché una simile cessione avrebbe l'effetto di tramutare la facoltà ceduta, con un effetto di natura, quindi, derivativo-constitutiva, in un diritto reale di godimento su cosa altrui, il diritto così costituito (che lo si qualifichi come un tipico diritto di superficie o come un diritto reale *sui generis*)³⁹ si prescriverebbe necessariamente in vent'anni per non uso⁴⁰.

(b) Relativamente alla pubblicità immobiliare, si afferma, conseguentemente, che mentre, nel secondo caso (cessione ad estraneo), dovrebbe trovare applicazione l'art. 2643, n. 2, c.c., risolvendosi l'alienazione nella costituzione di un diritto di superficie, nel primo caso (cessione ad altro condomino), la possibilità stessa della trascrizione andrebbe invece indagata con maggiore attenzione. Non solo non si potrebbe, infatti, ricondurre puramente e semplicemente questa fattispecie al n. 2 dell'art. 2643 c.c., in quanto non si sarebbe di fronte alla costituzione di un diritto di superficie, ma neanche sarebbe possibile individuare una diversa precisa disposizione che ne consenta la trascrizione: ciò in quanto l'effetto che la cessione determina, ovvero quello di *modificare* l'ordinario contenuto della proprietà immobiliare⁴¹, non rientrerebbe, a prima vista, tra gli effetti di alcuno degli atti per i quali la legge prevede la trascrizione a fini di opponibilità, ossia degli atti di cui all'art. 2643 c.c. L'art. 2643, n. 1, c.c., infatti, nel contemplare la trascrizione degli atti che trasferiscono la proprietà omette di contemplare anche, accanto al trasferimento, la "modificazione" del diritto di proprietà: non considera, in altre parole, gli atti "che modificano bensì il contenuto del diritto di proprietà, alterandone l'ordinario modello, ma senza

³⁷ Sempre G. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

³⁸ G. GABRIELLI, *La facoltà di sopraelevare cit.*, p. 43.

³⁹ V. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 516 s., il quale parla di "diritto reale (prescrittibile) di divenire condomino col soprizzo".

⁴⁰ G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 42 s.

⁴¹ La modificazione incide, ci sembra di poter dire interpretando il pensiero dell'Autore, sulla proprietà del condomino cedente, da un lato, la quale viene ad essere compressa in conseguenza della circolazione della facoltà di soprizzo all'interno della compagine condominiale, e sulla proprietà del condomino acquirente, dall'altro, la quale viene parimenti a modificarsi ma in senso opposto, ovvero ampliativo.



dare luogo alla costituzione di un altrui diritto reale”⁴². Alla trascrivibilità dell’atto che una simile modifica determina osterebbe dunque il principio, tradizionalmente recepito⁴³, della tassatività delle segnalazioni pubblicitarie. Tuttavia, movendo dal presupposto che, anche in questa ipotesi, vi è un’esigenza oggettiva e non revocabile in dubbio di pubblicità⁴⁴, la stessa dottrina ritiene che tale lacuna del sistema dei registri immobiliari possa, ed anzi debba essere colmata in via interpretativa⁴⁵ in ossequio ad una generale esigenza di razionalizzazione del sistema di pubblicità e in analogia con il sistema dei libri fondiari⁴⁶, il quale, proprio al fine di garantire la compiutezza delle segnalazioni pubblicitarie, impone di segnalare nei libri ogni modificazione dei diritti tavolari (v. art. 8, n. 1, nuovo testo della legge generale sui libri fondiari, allegato al r.d. 28 marzo 1929, n. 499)⁴⁷.

6. – Le argomentazioni a cui perviene la dottrina esposta nel paragrafo precedente ci paiono per gran parte condivisibili.

Meritevole di adesione, in particolare, anche se non ci pare questa la sede in cui sviluppare questa specifica questione, è la tesi che ritiene superabile, in via analogica, la lacuna della disciplina della trascrizione nei registri immobiliari in merito agli atti che producono *effetti modificativi* del contenuto della proprietà immobiliare⁴⁸.

⁴² Le parole sono sempre di G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 40, ancorché riferite al caso – diverso dal nostro – in cui il titolo del condominio esoneri l’esercente la facoltà di sopraelevazione dall’obbligo di corrispondere l’indennità agli altri condòmini, in tal modo sottraendo a questi ultimi l’esercizio del corrispondente diritto di credito (futuro ed eventuale).

⁴³ Ma di recente oggetto di contestazione o, per lo meno, di tentativi volti a superarne o a temperarne la portata: v., *amplius infra*, nota 48.

⁴⁴ Esigenza, anzi, “tanto più forte, quando il trasferimento ne sia determinato da atto individuale dell’originario titolare anziché dal titolo del condominio al quale, in quanto regolamento contrattuale, ogni aspirante all’ingresso nel gruppo può ottenere accesso, chiedendolo al proprio potenziale dante causa”: così G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 44.

⁴⁵ V. già, dello stesso A., G. GABRIELLI, *Regole condominiali e trascrizione*, in *Riv. not.*, I, 2006, p. 1 ss.

⁴⁶ Sulla maggiore completezza del regime tavolare relativamente alla pubblicità degli atti aventi ad oggetto la facoltà di sopraelevare v. anche T. PASQUINO, *op. cit.*, p. 183, nota 35.

⁴⁷ G. GABRIELLI, *La facoltà di sopraelevare* cit., p. 45, il quale richiama l’analoga esigenza che induce parte autorevole della dottrina ad ammettere la trascrizione del patto di indivisione di cui all’art. 1111, co. 2°, c.c., quando riguardi beni immobili, sul presupposto che la soppressione, sia pure temporanea, del diritto alla divisione altera lo statuto ordinario della comproprietà (la tesi è di G. BRANCA, *op. cit.*, p. 281 e M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, 7, Torino, 2006, p. 129; in senso opposto v. però A. FEDELE, *La comunione*, in *Trattato Grosso e Santoro-Passarelli*, Milano, 1967, p. 341).

⁴⁸ Sul problema incide anche la questione, che è tuttavia fin troppo complessa per essere approfondita in questa sede, riguardante la configurabilità nel nostro ordinamento di un principio generale di tassatività delle segnalazioni pubblicitarie, tradizionalmente riconosciuta (v. sul punto, anche per gli ulteriori riferimenti, A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, cit., p. 45 ss.) ma che è stata di recente posta in discussione da alcuni autori, anche alla luce dell’evoluzione nel tempo delle norme in materia di trascrizione. V., in particolare, l’approfondita analisi di G. PETRELLI, *L’evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione*, Napoli, 2009, il quale, anche nell’ottica di un’interpretazione costituzionalmente orientata, propone di superare il “dogma” della tassatività, inteso come un vincolo all’interpretazione restrittiva, per aderire ad una prospettiva che individua piuttosto una regola di “tipicità” delle ipotesi di trascrizione. Sul tema cfr. anche G. PETRELLI, *Tassatività delle ipotesi di trascrizione e vincoli a parcheggio*



Ciò premesso, riteniamo tuttavia che il ragionamento sopra illustrato, nelle sue stringenti conclusioni, sia condizionato dall'adesione in premessa ad una determinata concezione della natura giuridica del diritto/facoltà di sopraelevare, che non ci pare invero incontrovertibile e su cui è pertanto opportuno soffermarsi criticamente. Ci riferiamo all'idea, già da noi segnalata in avvio di questo scritto (v. *supra sub* § 2), che la sopraelevazione sia oggetto di una facoltà compresa all'interno del diritto di proprietà sull'ultimo piano o sul lastrico solare, ossia di un diritto di proprietà che, avendo ad oggetto un'unità abitativa compresa nel condominio, implica compartecipazione alla proprietà dell'area di sedime, delle strutture portanti e dello spazio soprastante l'edificio. È da questa premessa che discendono, a cascata, tutte le altre rilevate conseguenze e la conclusione, in particolare, secondo cui la cessione di tale facoltà ad un altro condomino comporterebbe solo una modificazione interna del contenuto proprio della proprietà, mentre comporterebbe la nascita di un diritto di godimento su cosa altrui, lì dove fosse alienata a soggetto estraneo al condominio.

Esaminare tale questione significa toccare nel vivo il nodo centrale della ricostruzione dell'istituto regolato dall'art. 1127 c.c., ovvero il problema della natura giuridica del diritto di sopraelevare, a sua volta strettamente collegato a quello riguardante la funzione dell'indennizzo che lo stesso articolo pone a carico del sopraelevante.

Non è pertanto inutile ripercorrere sinteticamente i termini di questa *vexata quaestio*.

Sgomberando il campo, solo per esigenza di semplificazione, dalle tesi che hanno avuto minore diffusione⁴⁹, quelle che maggiormente si contendono il campo del dibattito, in parte già richiamate in precedenza (v. sempre *supra sub* § 2) sono tre.

gio, in *Studium iur.*, 2010, p. 243 ss., ove l'A. commenta la pronuncia della Corte Cost. 4 dicembre 2009, n. 318, in cui la Corte pare fare propria questa stessa impostazione, e A. BIZZARRO, *Sul superamento del principio di tassatività della trascrizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 918 ss. V. anche BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2010. La vigenza del principio di tassatività dei mutamenti soggetti a trascrizione è, tuttavia, ribadita, sia pure con accenti diversi, dalle più recenti opere generali dedicate alla pubblicità immobiliare, tra cui G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 45 ss., e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 85 ss.

⁴⁹ Non considereremo quindi in questa sede, se non per quanto riportato nella presente nota, due ulteriori tesi: quella che considera il diritto di sopraelevazione come un potere facente parte del contenuto del rapporto di condominio (G. BENACCHIO, *Del condominio negli edifici*, Padova, 1964, 111; tesi ripresa, da ultimo, anche da R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 219), rispetto alla quale si è, in senso contrario, osservato che pare difficile giustificare, in quest'ottica, l'imposizione di un indennizzo a favore degli altri condòmini per un'attività facente parte della sostanza normale del rapporto intercorrente fra gli stessi (G. FURGIUELE, *Osservazioni sul diritto reale con riguardo alla sopraelevazione del condominio*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 442); e, ulteriormente, quella che ha ricostruito il diritto di sopraelevare nei termini di un diritto di proprietà sulla colonna d'aria corrispondente alla sopraelevazione e che va incontro all'obiezione (per la quale v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2° ed., 2017, p. 146) che la colonna d'aria, ossia lo spazio aereo sovrastante un suolo, è un bene giuridico non suscettibile di appropriazione *separata* rispetto alla proprietà del suolo medesimo, costituendo piuttosto una parte necessariamente connessa al suolo, in quanto necessaria per il suo normale sfruttamento economico (ne consegue che un diritto sulla colonna d'aria avulso dalla proprietà del suolo è concepibile, nel nostro ordinamento, soltanto nella forma del diritto tipico di superficie, la cui prescrittibilità "esprime un'inderogabile soluzione normativa, che evita il danno socialmente rilevante del pericolo di un perpetuo impedimento alla valorizzazione edilizia del suolo": C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 146; e v. Cass. 19 dicembre 1975, n. 4192; Cass. 6 luglio 1969, n. 2622; Cass. 8 luglio 1960, n. 1831; ma, in senso diverso v. Cass. 18 febbraio 1975, n. 636, Cass. 11 aprile 1964, n. 845; Cass. 13 giugno 1962, n. 1463; Cass. 16 luglio 1960, n. 1970; Cass. 11 luglio 1958, n. 2511; sul tema v. anche G. MUSOLINO, *Lo spazio aereo e il diritto di sopraelevazione tra proprietà e diritto di superficie*, in *Riv. not.*, 2005, p. 239 ss. e ID., *Proprietà e utilizzazione dello spazio aereo sovrastante il condominio*, in *Riv. not.*, 2017, p. 1181 ss.).

JUS CIVILE



A) La prima tesi è appunto quella, probabilmente maggioritaria in dottrina, secondo la quale la sopraelevazione costituisce una facoltà compresa nel diritto di proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare, al proprietario dei quali la legge attribuisce in via esclusiva la facoltà di sopraelevare, che astrattamente dovrebbe spettare a tutti i condòmini e viene invece *ab origine* concentrata nel soggetto che, trovandosi a diretto contatto con l'area da edificare, può sfruttare al meglio la sopraelevazione⁵⁰. In questa prospettiva, la funzione dell'indennità è ravvisata nel compensare il sacrificio dell'interesse dei condòmini dei piani inferiori all'utilizzazione e valorizzazione dell'area sovrastante il suolo comune, e, quindi, la frazione di valore della predetta area perduto da ciascun condomino per effetto della maggiore utilizzazione che della stessa fa il sopraelevante⁵¹, mediante lo sfruttamento della e d'aria sovrastante l'edificio⁵². L'idea dell'indennità quale compenso per la maggiore utilizzazione dell'area da parte del sopraelevante è ricorrente anche in giurisprudenza, la quale, soprattutto in passato, muoveva dal presupposto che i condòmini debbano essere considerati come titolari di un diritto di proprietà sulla colonna d'aria (distinto sia dal diritto di sopraelevare sia dal diritto sul suolo), e che l'indennità risponda appunto alla necessità di contemperare il diritto del sopraelevante con il sacrificio del diritto dei condòmini sulla predetta colonna d'aria⁵³.

B) Una seconda tesi⁵⁴, che ha avuto anch'essa in passato un discreto seguito in giurisprudenza⁵⁵, ed è stata quindi fatta propria da alcune più recenti pronunce di legittimità⁵⁶ e, da ultimo,

⁵⁰ G. BRANCA, *op. cit.*, p. 508 ss.; e v. anche L. DECRESTINA, *Il diritto di sopraelevazione nel condominio: un punto sulla situazione attuale*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 1133, M. TAMMA, *Diritto di sopraelevazione ed indennità ex art. 1127 cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, p. 485 e, da ultimo, A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 449. Cfr. inoltre G. MUSOLINO, *Il diritto di sopraelevazione: le fattispecie comprese e l'obbligo indennitario*, in *Riv. not.*, 2012, p. 638 ss.

⁵¹ G. BRANCA, *op. cit.*, p. 508 ss.

⁵² V. anche A. COCCHIARA, *La sopraelevazione degli edifici in condominio*, in *Rass. loc. e cond.*, 2000, p. 236, secondo il quale tale contemperamento, che dà risposta al fatto che il sopraelevante si scontra con i diritti dei condòmini non solo sulle parti comuni ma anche sulla suscettibilità edificatoria del suolo rispetto alla colonna d'aria sovrastante l'edificio, non riguarderebbe però i diritti sulle predette parti comuni, per le quali il contemperamento sarebbe già attuato dall'art. 1102 c.c., nel senso che ciascun partecipante può servirsi di esse senza alterarne la destinazione e non impedendone il pari uso, bensì "la maggior utilizzazione dell'area su cui sorge il fabbricato", come sarebbe confermato dal fatto che, rimanendo sempre lo stesso il valore del suolo (dividendo), con l'aumento del numero di piani (divisore) necessariamente diminuisce il valore di ogni quota di indennità per piano"

⁵³ V., in particolare, Cass. 6 febbraio 1970, n. 261; Cass. 17 maggio 1965, n. 947; Cass. 27 luglio 1964, n. 2073; cfr. anche Cass. 11 luglio 1958, n. 2511; Cass. 11 aprile 1964, n. 845; Cass. 16 marzo 1982, n. 1697; Cass. 10 giugno 1997, n. 5164; Cass. 1 luglio 1997, n. 5839; Cass. 16 giugno 2005, n. 12880; sull'impossibilità di configurare, nel nostro ordinamento, una proprietà della colonna d'aria separata dalla proprietà del suolo v. *supra* nota 49.

⁵⁴ Per il quale v., soprattutto, L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 1950, p. 129 ss.; L. SALIS, *L'indennità di sopraelevazione nel condominio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 102; L. SALIS, *Proprietà dello spazio aereo ed indennità di sopraelevazione* (nota a Cass. 16 luglio 1960, n. 1970), in *Riv. giur. edil.*, 1960, I, 632; G. BALBI, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, 97; G. GIACOBBE, *La superficie*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano 2003, p. 102 s.

⁵⁵ Cass. 13 febbraio 1993, n. 1844; Cass. 4 luglio 1966, n. 1273; Cass. 26 giugno 1963, n. 1727; Cass. 7 novembre 1961, n. 2572.

⁵⁶ Cass. 24 febbraio 2006, n. 4258; Cass. 22 novembre 2004, n. 22032.



anche dalle sezioni unite della Corte di Cassazione⁵⁷, individua il fondamento della regola dettata nell'art. 1127 c.c. nell'operare del principio dell'accessione. La premessa è che, nel condominio, ogni piano superiore al primo – che, diversamente dagli altri, incide direttamente sul suolo – insiste, come proprietà superficiaria, non sul suolo bensì sul piano sottostante, che si pone quindi come suo piano immediato di accessione. Conseguentemente, l'elevazione di nuovi piani comporta un progressivo spostamento verso l'alto del piano di accessione⁵⁸. In quest'ottica, il

⁵⁷ Cfr. Cass., sez. un., 30 luglio 2007, n. 16794, cit. (v. *supra* nota 10), le quali si sono occupate della natura giuridica della facoltà di sopraelevare nell'ambito di un discorso volto a risolvere la controversa questione della possibilità di qualificare come sopraelevazioni le opere che, pur elevandosi al di sopra del piano o del lastrico solare, non implicano spostamento in alto della copertura complessiva del fabbricato (in particolare, quando la nuova costruzione, incidendo solo su una parte del fabbricato in origine posta ad un livello inferiore rispetto a quella massima che lo stesso fabbricato raggiungeva in altre sue parti, non comporta l'innalzamento della copertura dell'edificio ma il livellamento verso il punto di massima elevazione del fabbricato anche delle parti originariamente ad altezza inferiore). Sul punto, la giurisprudenza si è a lungo divisa. Da un lato, si riscontrano pronunce che reputano irrilevante la circostanza che la costruzione sia contenuta oppure no nei limiti strutturali originari del fabbricato, ritenendo che anche in questo caso si debba parlare di sopraelevazione, sottolineandosi come la costruzione di nuovi piani sul lastrico comune, anche quando non superi l'altezza originaria del fabbricato, comunque consenta a colui che sopraeleva una maggiore utilizzazione dell'area comune su cui sorge l'edificio, ricorrendo dunque anche in questo caso l'esigenza, alla base della previsione normativa, di compensare con un indennizzo il minor vantaggio degli altri condòmini (Cass. 14 novembre 1991, n. 12173; Cass. 9 gennaio 1993, n. 146; Cass. 20 luglio 1981, n. 4861; Cass. 16 marzo 1982, n. 1697; in dottrina, cfr. A. COCCHIARA, *op. cit.*, p. 238). In altre pronunce, invece, si trova affermato il principio secondo cui la sopraelevazione è ravvisabile solo in presenza di un "intervento edificatorio che comporti lo spostamento in alto della copertura del fabbricato" (così Cass. 12 febbraio 1998, n. 1498; v. anche Cass. 20 luglio 1999, n. 7764 e Cass. 22 maggio 2000, n. 6643; in dottrina, v. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 509), in adesione ad una concezione rigorosamente strutturale di sopraelevazione, contrapposta a quella funzionale prospettata dalle altre pronunce sopra menzionate, che ricollegano piuttosto il concetto di sopraelevazione all'esigenza, cui risponde l'indennità, di compensare gli altri condòmini. Le sez. un. hanno fatto anch'esse propria, da ultimo, una nozione funzionale di sopraelevazione, ritenendo che vi sia sopraelevazione, e conseguente diritto all'indennità, ogni qualvolta ci si trovi in presenza di opere che determinano la maggiore utilizzazione dell'area su cui sorge l'edificio. Ciò avviene, secondo la Corte, non solo nel caso di nuovi piani o nuove fabbriche, ma in coerenza con le nozioni di "ristrutturazione", "ricostruzione" e "nuova costruzione" acquisite in materia edilizia, tutte le volte in cui vi sia un aumento delle superfici o dei volumi utilizzabili, come nel caso di trasformazione dei locali preesistenti mediante l'incremento delle superfici e delle volumetrie indipendentemente dall'aumento dell'altezza del fabbricato (nella specie si trattava di trasformazione del sottotetto, attraverso la demolizione della copertura a falda esistente, l'innalzamento dei muri perimetrali di 50 cm. e la ricostruzione in appoggio della copertura senza spiovente). Questo aumento, difatti, crea una sproporzione economica nel rapporto tra il suolo su cui insiste l'edificio e i vari piani o porzioni di piano, che giustifica la corresponsione dell'indennità agli altri condòmini. Le sez. un. collegano quindi la nozione di sopraelevazione ad una funzione dell'indennità ravvisata nella compensazione del proporzionale *minor valore* delle quote dei condòmini in ragione dell'aumento di volume della proprietà del condomino sopraelevante, a tal fine ponendo un esplicito parallelo tra la regola di cui all'art. 1127 c.c. e la previsione di cui all'art. 69 disp. att. c.c., che prevede la modifica delle tabelle millesimali in conseguenza della sopraelevazione (si sottolineano tuttavia, insieme alle affinità di *ratio*, anche le differenze tra questi due corpi disciplinari, in particolare nel carattere solo eventuale della modifica delle tabelle e nei differenti criteri sulla base dei quali operano la modifica delle tabelle millesimali e il calcolo dell'indennità: la prima, ancorata al rapporto tra il valore dell'edificio e l'incremento del piano o porzione di piano; la seconda, collegata invece al rapporto tra il valore del suolo e la maggiore utilizzazione di esso derivante dall'opera realizzata ed indipendentemente dall'entità di essa).

⁵⁸ Si legge, nella motivazione delle sez. un., che, "come dunque le opere e costruzioni fatte all'interno di un piano od autonoma porzione di esso accedono, in ragione della proprietà individuale e separata della porzione immobiliare considerata, al proprietario di questa e non a tutti i partecipanti al condominio, così le costruzioni eseguite sopra l'ultimo piano accedono in ragione dell'espresso disposto normativo...al proprietario di questo e non ai proprietari dei piani sottostanti": E v. i condivisibili rilievi critici, su questa affermazione, di M. BONI, *Ius aedificandi e soprae-*

JUS CIVILE



diritto di sopraelevare è considerato come una facoltà compresa nel più ampio diritto di proprietà superficaria avente ad oggetto l'ultimo piano (o, nel caso di proprietà esclusiva del lastrico solare, compresa nel diritto di superficie che, per implicita volontà dei condòmini, sarebbe attribuito al condomino al quale è riservata la proprietà esclusiva del lastrico solare⁵⁹). Ciò spiegherebbe, tra l'altro, perché il proprietario dell'ultimo piano (o del lastrico solare), oltre a potere sopraelevare, acquista – per accessione, dunque, in suo favore – anche la proprietà di ogni costruzione che sia effettuata abusivamente da terzi sull'ultimo piano (o del lastrico solare). In questa prospettiva, inoltre, il diritto all'indennità si giustificerebbe non in considerazione dell'utilizzo della colonna d'aria sovrastante l'edificio condominiale intesa come bene di pertinenza della collettività, bensì per la necessità d'una misura compensativa della *riduzione del valore delle quote di pertinenza degli altri condòmini* sulla comproprietà del suolo comune conseguente alla sopraelevazione realizzata dall'uno di essi e dall'acquisto da parte di questi della proprietà relativa⁶⁰.

Ad avviso di chi scrive, nessuna delle due tesi può essere condivisa.

Con riferimento alla prima di queste, si può, infatti, osservare che il diritto di sopraelevare attribuisce al condomino la facoltà di edificare e di mantenere *sul suolo condominiale* (e quindi su un bene di cui il condomino è proprietario soltanto *pro quota*) un bene in *proprietà esclusiva*. Non sembra si possa parlare, quindi, dell'esplicazione di una facoltà compresa nel diritto di proprietà del piano o del lastrico solare, perché non si vede come il diritto di proprietà possa attribuire al suo titolare la facoltà di costruire e mantenere in proprietà esclusiva un bene che insiste su un bene solo parzialmente proprio. Come vedremo, questa premessa dovrebbe piuttosto indurre a ricondurre tale prerogativa all'ambito dei diritti reali di godimento su cosa (parzialmente) altrui⁶¹.

levazione, in *Immobili e proprietà*, 2008, p. 231, la quale evidenzia l'incongruità dell'assimilazione, suggerita dalla Corte, tra un'attività costruttiva che si contiene entro i limiti dimensionali dell'unità di proprietà individuale e avviene al suo interno ed un'attività costruttiva che invece, come è nel caso della sopraelevazione, supera le dimensioni della singola unità venendo ad occupare lo spazio libero soprastante l'edificio ad a poggiare sulla copertura comune.

⁵⁹ V. sempre L. SALIS, *L'indennità di sopraelevazione nel condominio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 177 ss.

⁶⁰ V. sempre Cass., sez. un., 30 luglio 2007, n. 16794, cit. Spiegano la funzione dell'indennità avendo riguardo all'esigenza di compensare la diminuzione delle quote dei condòmini non sopraelevanti sul suolo comune anche Cass. 22 novembre 2004, n. 22032; Cass. 14 aprile 2004, n. 7051; Cass. 16 giugno 2005, n. 12880. Per Cass. 15 novembre 2016, n. 23256, l'indennità trova fondamento in un debito per responsabilità da atto lecito del proprietario dell'ultimo piano che, realizzando la sopraelevazione, abbia aumentato il proprio diritto sulle parti comuni dell'edificio (con la conseguenza che la domanda diretta ad ottenere l'indennità non include, neppure implicitamente, la richiesta risarcitoria derivante dalla compromissione statica o architettonica dell'edificio, ovvero dalla diminuzione di aria e luce ai piani sottostanti, azione che origina, al contrario, da fatto illecito di detto proprietario, *ex art. 2043 c.c.*, e della quale la prima suppone, anzi, l'accertata inesistenza dei presupposti).

⁶¹ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 372; in diversa prospettiva si è inoltre rilevato che, se si considera la sopraelevazione come esercizio del diritto di proprietà del piano, diventa problematico giustificare il dovere di corresponsione di una somma a titolo di indennità, in quanto "il potere autorizzato dal contenuto normale di un diritto sembra razionalmente incompatibile colla presenza dei presupposti da cui, di regola, scaturisce l'indennizzo": così G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 431 ss.; sempre in critica alla tesi in parola, si è infine osservato che il diritto di proprietà dell'ultimo piano da solo non giustifica la possibilità, che è data al condomino, di usare lo spazio condomi-



Con riguardo alla seconda tesi, poi, le perplessità sono più di una, tutte puntualmente richiamate dalla più attenta dottrina. In primo luogo, si evidenzia quanto artificiosa sia l'idea di uno spostamento verso l'alto del piano di accessione⁶². Ancora si osserva come essa sia incompatibile con la natura comune (di norma) del tetto di copertura o del lastrico solare, ossia della superficie che dovrebbe rappresentare il nuovo piano di accessione spostato verso l'alto: non si vede, infatti, come, nell'ottica qui criticata, possa predicarsi l'acquisto per accessione in favore dell'ultimo piano anche quando questo sia sovrastato da un tetto o da un lastrico solare di proprietà comune⁶³. Si è poi rilevato che una simile idea non trova riscontro nel dato normativo, dal quale emerge che la disciplina dell'accessione è dettata, *ex art. 934 c.c.*, avendo riguardo al "suolo"⁶⁴, non ad altre superfici. A questi rilievi si può aggiungere quello, anche da noi richiamato in altra sede, relativo all'indennità, ossia la constatazione che una simile impostazione è inidonea a spiegare in modo convincente il fondamento dell'indennizzo a favore degli altri condòmini: non si vede, infatti, perché colui che esercita una facoltà normalmente compresa nel suo diritto di proprietà debba pagare un indennizzo ad altri per tale esercizio⁶⁵.

niale sovrastante, sottraendolo in maniera definitiva alla possibilità di utilizzazione da parte degli altri condòmini: R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 218.

⁶² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 372.

⁶³ G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, p. 585; in senso analogo M. CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, cit., p. 50. Cfr. anche M. BONI, *op. cit.*, p. 231, la quale rileva che "l'attività di sopraelevazione del proprietario dell'ultimo piano ... incontra materialmente sopra la sua unità un diaframma, una linea di separazione orizzontale, rappresentata dal lastrico solare o dal tetto, oggetto i diritti di comunione tra tutti i partecipanti", la cui presenza "esclude ... l'acquisto per accessione in favore dell'ultimo piano, il cui proprietario è abilitato a realizzare una nuova entità abitativa, che però, per essere insistente su un'area altrui, ossia la copertura comune a tutti i condòmini, costituisce esercizio del diritto di superficie e quindi dà luogo ad altra proprietà qualificabile come superficiaria a tutti gli effetti".

⁶⁴ M. CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 50.

⁶⁵ S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 265. Per inciso, si può aggiungere che la diversa soluzione a cui si ritiene di aderire in merito alla natura giuridica del diritto di sopraelevare e alla funzione dell'indennizzo, non è, però, di ostacolo ad accogliere la soluzione positiva affermata dalle sez. un. nella citata pronuncia del 2007 con riguardo alla possibilità di qualificare come sopraelevazioni le opere che, pur elevandosi al di sopra del piano o del lastrico solare, non implicano spostamento in alto della copertura complessiva del fabbricato. Anche movendo dalla tesi che individua la *ratio* dell'indennizzo nel compensare gli altri condòmini per il maggior sfruttamento, da parte del sopraelevante, della suscettibilità edificatoria del fondo, è, infatti, ragionevole concludere che la previsione dell'art. 1127 c.c. si applichi in tutti casi in cui una nuova costruzione, consistente in nuovi piani o nuove fabbriche, *che occupano una porzione del volume edificatorio fino a quel momento inutilizzato*, venga elevata sopra l'ultimo piano dell'edificio condominiale, indipendentemente dal fatto che la copertura complessiva dell'edificio sia spostata verso l'alto oppure no (S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 278), e che possa dunque essere considerata sopraelevazione, ad es., la costruzione di un nuovo piano o fabbrica su una *porzione* della copertura dell'edificio condominiale collocata a minore altezza rispetto al tetto, ossia l'ipotesi in cui il proprietario del piano attico adiacente alla terrazza condominiale, anch'essa di sua proprietà esclusiva, erige su quest'ultima costruzioni (ad es., mansarde o nuovi vani) che rimangono, nel loro complesso, contenute entro l'altezza originaria del fabbricato (questa è, in particolare, l'ipotesi che ha formato oggetto di Cass. 14 novembre 1991, n. 12173; cfr. anche A. COCCHIARA, *op. cit.*, p. 238 s.). Analogamente, quale che sia la tesi che si accoglie in ordine alla funzione dell'indennità, pare corretta la conclusione per cui si ha sopraelevazione anche nel caso in cui il proprietario dell'ultimo piano, anziché costruire un nuovo piano sopra al proprio, abbatta quest'ultimo e ricostruisca due piani che rimangano nei limiti dell'originaria altezza del fabbricato. Anche in questo caso, infatti, il sopraelevante sfrutta la suscettibilità edificatoria del suolo in misura maggiore rispetto agli altri condòmini, così come l'aumento del numero dei piani determina una diminuzione proporzionale del valore di ogni quota di piano (in tal senso, Cass. 27 aprile 1961, n. 959).

JUS CIVILE



C) Per tutte queste ragioni, la tesi che ci pare maggiormente persuasiva è quella, accolta con significativo riscontro in dottrina, che ravvisa nel diritto di sopraelevare un *diritto legale di superficie avente un contenuto economico proprio*, valutabile separatamente da quello degli altri piani⁶⁶.

Questa tesi muove dalla constatazione che l'indennizzo è commisurato al valore dell'area occupata dalla sopraelevazione, da ciò traendo la conclusione che esso compensa un pregiudizio che deriva agli altri condòmini dalla *mancata utilizzazione dell'area occupata dal sopraelevante*. La facoltà di utilizzare l'area sovrastante il suolo per costruire o sopraelevare è, a sua volta, una facoltà normalmente compresa nel diritto di proprietà del suolo, che, in un edificio condominiale, spetta ai sensi dell'art. 1117 c.c. a tutti i condòmini, se non è diversamente disposto nel titolo⁶⁷.

L'attribuzione di tale facoltà ad un solo condomino vale allora a separare la proprietà del suolo (o, nel caso di suolo non condominiale, la proprietà superficiaria avente ad oggetto l'edificio che insiste sul suolo) dalla facoltà di utilizzare lo spazio sovrastante il suolo e di tenervi una costruzione, ossia a costituire un diritto di superficie sul suolo di proprietà comune.

Il fatto che il diritto insista su un suolo di cui il soggetto è comproprietario⁶⁸, non impedisce, a nostro avviso, che si tratti pur sempre di diritto di superficie, e non di facoltà compresa nel diritto di comunione, in quanto il comproprietario non può, da solo, elevare e mantenere, sul suolo comune, una costruzione in proprietà *esclusiva*: la costruzione sul suolo deve, piuttosto, essere fatta con il consenso di tutti i condòmini, e, in ogni caso, il fabbricato costruito in sopraelevazione, eventualmente anche dal singolo condomino senza il consenso degli altri o da un terzo, diviene di proprietà comune dei condòmini.

⁶⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 372, S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 264 ss.; e v. già F. PUGLIESE, *Della superficie*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1960, p. 469 ss.; G. PASETTI BOMBARDELLA, *op. cit.*, p. 1473; per questa tesi v., in giurisprudenza, Cass. 17 maggio 1965, n. 947; v. anche, più lontana nel tempo, Cass. 20 luglio 1934; Cass. 5 giugno 1971, n. 1674, in *Foro it.*, 1971, I, 2961, con nota critica di G. Branca; di superficie discorre anche L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 1950, p. 127 ss., il quale tuttavia preferisce distinguere tra il diritto del proprietario del lastrico solare, riconducibile alla categoria dei diritti di superficie, e il diritto del proprietario dell'ultimo piano, inteso come proprietà superficiaria, con conseguente spiegazione della disciplina della sopraelevazione in ragione dell'operare del principio dell'accessione non rispetto al suolo comune bensì a ciascun piano; distingue la posizione del proprietario dell'ultimo piano da quella del proprietario esclusivo del lastrico solare anche M. BONI, *op. cit.*, p. 229 ss.

⁶⁷ Ma anche nel caso in cui il titolo attribuisca la proprietà del suolo ad un solo condòmino o ad un terzo estraneo al condominio, pare ragionevole ritenere che lo *ius aedificandi* spetti comunque a tutti i condòmini, in quanto espressione, in questo caso, di un loro diritto di superficie sul suolo altrui o parzialmente altrui: anche in questo caso, infatti, come rileva G. TATARANO, *nota a Cass. 24 aprile 1965, n. 725*, in *Foro it.*, 1965, I, p. 2088, lo spazio sovrastante viene "a contatto con una proprietà (l'edificio condominiale) comune, e non può essere che di utilizzabilità comune", e poiché "massima manifestazione d'utilizzabilità è la *sopraelevazione*", ne discende che questa, "per tanto e perché fatto interessante solo apparentemente l'ultimo piano o il lastrico solare, ma in realtà le intere strutture portanti (muri, pilastri) di proprietà comune ..., non può che essere originariamente una facoltà di tutti i condòmini"; sarebbe quindi contraddittorio attribuire ai condòmini la proprietà delle parti comuni dell'edificio, e quindi la facoltà di utilizzarle, e non attribuire loro la facoltà di sopraelevare, che rappresenta la massima forma di utilizzazione delle parti comuni.

⁶⁸ Questa è la critica di R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 219.

JUS CIVILE



Nell'ottica del diritto di superficie *ex lege*, la previsione di un indennizzo si può spiegare come un compenso per il maggior utilizzo della potenzialità edificatoria del fondo di cui il titolare del diritto di sopraelevare beneficia oltre quanto astrattamente gli spetterebbe come condomino, ossia nella sua qualità di titolare di una quota del suolo edificatorio⁶⁹.

In altre parole, si tratta di riconoscere che la legge, nel momento in cui ha deciso di concentrare su un solo condomino una facoltà astrattamente spettante a tutti, ha compresso i diritti dominicali (e condominiali) degli altri, costituendo un diritto reale di godimento sulla cosa comune (il suolo)⁷⁰ in favore di un unico condomino.

7. – Quali conseguenze si possono trarre dall'accoglimento di questa impostazione sui due, rilevanti, piani della (a) prescrittibilità del diritto trasferito e della (b) pubblicità immobiliare degli atti che ne dispongono la circolazione?

A nostro avviso, le conseguenze, pur nella diversità della premessa, sono, con riferimento al primo problema, le stesse a cui giunge l'autorevole dottrina da cui abbiamo preso le mosse per proporre le presenti riflessioni⁷¹, mentre, con riguardo al secondo problema, le conclusioni, pur dovendosi parimenti risolvere nell'ammissibilità della trascrizione, vi pervengono sulla base dell'applicazione di norme diverse e senza ricorrere, in particolare, ad un ampliamento in via di analogia del novero delle vicende per le quali deve ritenersi ammessa la trascrizione⁷².

Vediamo i due punti con ordine.

(a) Con riguardo al primo problema, in particolare, si può ammettere che il diritto in questione, pur riproducendo il contenuto del diritto di superficie, si allontana dalla disciplina propria di

⁶⁹ La particolarità della previsione legale sta, tuttavia, dal fatto che l'indennizzo è dovuto solo in caso di effettivo esercizio della facoltà di sopraelevare, ossia solo quando la sopraelevazione sia stata realizzata: non si tratta dunque di un corrispettivo dell'attribuzione *ex lege* del diritto di sopralzso ma di un compenso per il concreto esercizio del diritto (ciò che si giustifica in quanto il pregiudizio per gli altri condomini diviene effettivo, e quindi quantificabile, solo nel momento in cui la costruzione è completata e in cui quindi il sopraelevante si appropria dell'area occupata dalla sopraelevazione). Per tutti questi rilievi v. S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 265 ss.

⁷⁰ Una diversa tesi configura il diritto di sopraelevazione come un diritto reale autonomo rispetto a quello di proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare, avente ad oggetto il complesso delle parti accessorie dell'edificio (FERRUCCI, *Sulla natura e l'oggetto del diritto di sopraelevazione nel condominio*, in *Riv. giur. edil.*, 1961, I, p. 25, che spiega il diritto all'indennizzo con la necessità di compensare il maggior aggravio che la sopraelevazione rappresenta per le parti comuni dell'edificio (muri maestri, scale, ecc.). In senso contrario, si rileva tuttavia che il calcolo dell'indennità prescinde dalla considerazione delle parti accessorie dell'edificio e tiene conto solo del valore del suolo, ossia dell'area edificabile di proprietà comune. Di diritto reale autonomo, dotato di un suo specifico contenuto, non riconducibile allo statuto di proprietà condominiale rispetto al quale costituisce, per contro, una soluzione eccentrica, avente il suo fondamento nell'art. 1127, discorrono peraltro anche G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 463 e M. CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 55 s., la quale ultima ravvisa la *ratio* dell'indennità nel compensare l'appeasamento della struttura e la riduzione della quota individuale delle parti in comune che discendono dalla sopraelevazione.

⁷¹ V. *supra*, sub § 5.

⁷² V. quanto esposto *supra* sub § 5, con riferimento alla possibilità di rendere opponibili con lo strumento della trascrizione le vicende modificative del diritto di proprietà.

JUS CIVILE



quest'ultimo proprio per il profilo qualificante della prescrizione. Si deve, infatti, ritenere che, trattandosi di diritto attribuito *ex lege* al proprietario dell'ultimo piano dell'edificio o al proprietario esclusivo del lastrico solare, ossia un diritto che la legge riconosce in favore, in entrambi i casi, di chi è titolare di un diritto imprescrittibile (la proprietà), il carattere dell'imprescrittibilità si comunichi anche al diritto di sopraelevare⁷³. Ancora, e meglio, si può anzi affermare che, poiché il diritto di godimento sul bene condominiale è attribuito al condomino *in funzione di tutela dei suoi interessi dominicali quali collegati alla sua partecipazione al condominio*, il suo esercizio deve potersi prolungare nel tempo tanto quanto permangono le esigenze (e il diritto) alla cui tutela esso è servente: di qui la conclusione che la perpetuità connaturata al diritto di proprietà si comunica al diritto di sopraelevare previsto dalla legge.

La qualificazione in termini di diritto di superficie non è però irrilevante, in quanto consente di concludere che, quando il diritto sia alienato a terzi *estranei* al condominio (ossia a soggetti non portatori di quegli interessi dominicali a cui il diritto di soprizzo si collega), questi non possano ricevere altro che un diritto prescrivibile nel termine ventennale ordinariamente previsto per i diritti reali di godimento su cosa altrui⁷⁴. Si ha quindi sì un mutamento di natura, che non riguarda però il tipo di diritto (che è e rimane diritto di superficie) ma il venire meno delle caratteristiche di specialità di quel diritto rispetto alla disciplina comune della superficie, in particolare per quanto attiene alla prescrizione, non giustificandosi più, una volta che sia stato scisso dalla proprietà, la speciale regola della imprescrittibilità⁷⁵.

In quest'ottica, si dovrebbe ritenere invece non soggetto a prescrizione ventennale per non uso il diritto di sopraelevazione che spetta al proprietario dei piani inferiori quando questi se lo sia riservato vendendo a un terzo l'ultimo piano⁷⁶, mentre la prescrizione per non uso ventenna-

⁷³ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 373; G. PASETTI BOMBARDELLA, *op. cit.*, p. 1473. La critica alla tesi che individua nel diritto di sopraelevare un diritto di superficie è spesso fondata proprio sul rilievo che, così ragionando, il diritto dovrebbe ritenersi prescrivibile per non uso, ciò che appare però in contrasto con lo scopo della norma: v. R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 218; M. TAMMA, *op. cit.*, p. 484.

⁷⁴ S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione*, cit., p. 287. In questo senso si era espresso, in prima edizione, anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1^a ed., 1999, p. 514, nt. 37 (la tesi non risulta però riprodotta nella seconda edizione dell'opera).

⁷⁵ V. S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 287. Per il resto, tale diritto di superficie conosce comunque gli stessi limiti del diritto da cui deriva. In particolare, è da ritenersi che l'obbligo di pagare l'indennizzo agli altri condòmini gravi direttamente sul terzo acquirente che ha eseguito la sopraelevazione (G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici* cit., p. 517; l'indennizzo non sarà dovuto, ovviamente, nel caso in cui l'alienante stesso aveva, in forza del titolo, il diritto di sopraelevare senza indennizzo). Naturalmente, oltre a dover corrispondere l'indennizzo, il terzo deve anche rispettare, nell'eseguire la sopraelevazione, tutti gli altri limiti previsti nell'art. 1127 c.c. (v., in proposito, A. COCCHIARA, *La sopraelevazione degli edifici in condominio* cit., p. 238, il quale ritiene che, quando la sopraelevazione non possa essere attuata, perché non lo consentono *ab origine* le condizioni statiche dell'edificio, il contratto di trasferimento del diritto di sopraelevazione sia nullo per impossibilità originaria dell'oggetto, ciò che non vale per gli altri due limiti, che attengono non ad un impedimento obiettivo o assoluto, ma alle modalità concrete di esercizio del diritto di sopraelevazione).

⁷⁶ Nel senso della prescrivibilità v. invece, in giurisprudenza, Cass. 17 maggio 1965, n. 947, criticata, da opposte prospettive, da due autorevoli voci G. BRANCA, *Sopraelevazione da parte del proprietario di piani inferiori all'ultimo* (nota a Cass. 17 maggio 1965, n. 947), in *Foro it.*, 1965, I, p. 1940, e A. TRABUCCHI, *Il diritto di sopraelevazione nell'edificio con proprietà separate per piani in rapporto con il diritto di superficie*, in *Giur. it.*, 1966, I, p. 763.



le dovrebbe applicarsi nel caso in cui l'alienante, per effetto dell'alienazione, cessi del tutto di essere condomino⁷⁷.

Nella specifica ipotesi in cui la proprietà del suolo sia attribuita dal titolo (in deroga all'art. 1117 c.c.) allo stesso titolare (esclusivo) del diritto di sopraelevare, la qualificazione in termini di diritto di superficie non sembra tuttavia più ammissibile, per l'impossibilità di ipotizzare un diritto di superficie in capo all'unico proprietario del fondo su cui esso insiste, dovendosi piuttosto ritenere che in questo caso (ma solo in questo) la facoltà rientri effettivamente nel diritto di proprietà del suolo, come normalmente è il c.d. *ius aedificandi*⁷⁸. La qualificazione in termini di diritto di superficie conserva invece valore con riferimento alla diversa ipotesi in cui il suolo sia di proprietà esclusiva di un terzo non appartenente al condominio o di un condomino diverso dal titolare del diritto di sopraelevazione⁷⁹.

(b) Per quanto riguarda il problema della pubblicità immobiliare, ci sembra che dalla predetta qualificazione in termini di diritto di superficie (autonomo, ancorché normalmente accessorio alla proprietà condominiale) debba *sempre* discendere, sia in caso di alienazione del diritto ad

⁷⁷ Negli stessi termini si esprime G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 43, correttamente distinguendo dunque l'ipotesi in cui chi aliena riservandosi la facoltà di sopraelevare rimane condomino da quella in cui perde tale qualità perché aliena tutte le sue proprietà esclusive nel condominio.

⁷⁸ Cfr. in tal senso E. CARUSO, *La sopraelevazione*, in *Il condominio negli edifici* a cura di E. V. Napoli, Padova, 2000, p. 371.

⁷⁹ Per quanto attiene all'indennità, in entrambi i casi (proprietà del suolo spettante ad un terzo o spettante, in via esclusiva, allo stesso sopraelevante o a singoli condòmini) è ragionevole ritenere che la stessa sia comunque dovuta ai condòmini, in quanto essa è in ogni caso diretta a compensare la mancata utilizzazione da parte dei condòmini della ulteriore potenzialità edificatoria che a loro astrattamente spetta sul fondo, in questa ipotesi non come comproprietari del fondo ma come titolari della proprietà superficaria dell'edificio comune insistente sul fondo altrui o parzialmente altrui (v. *supra*; e cfr. *amplius* S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione cit.*, p. 270 s.; alla stessa conclusione, per quanto riguarda la spettanza dell'indennità nei casi indicati, giunge anche G. TATARANO, *op. cit.*, p. 2088, sulla base però di un'interpretazione diversa dell'ult. co. dell'art. 1127 c.c.). Contro questa interpretazione non varrebbe rilevare che, ai fini del calcolo dell'indennità, l'art. 1127, ult. co., c.c., fa riferimento al "valore attuale dell'area da occuparsi con la nuova fabbrica, diviso per il numero dei piani, ivi compreso quello da edificare, e detratto l'importo della quota a lui spettante". È vero, infatti, che, secondo l'interpretazione prevalente (Cass. 5 dicembre 1987, n. 9032; Cass. 30 luglio 1981, n. 4861; Cass. 26 marzo 1976, n. 1084; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 525; D.R. PERETTI GRIVA, *op. cit.*, p. 288; A. COCCHIARA, *op. cit.*, p. 251; R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 233), per "area" deve qui intendersi il *suolo edificatorio*, nella parte di esso corrispondente alla proiezione verticale del piano di sopraelevazione, e non invece l'area sovrastante l'edificio (ossia il valore del piano sopraelevato o dei piani ad esso sottostanti) o il lastrico solare, con la conseguenza che la "quota spettante al condomino" deve intendersi anch'essa come quota del *suolo* spettante al singolo condomino. Sarebbe però errato da questa interpretazione dedurre che la norma può operare solo quando i condòmini sono comproprietari del suolo. Il riferimento, infatti, è compiuto, secondo la corrente interpretazione, al suolo "*edificatorio*", come è confermato dal fatto che il valore del suolo deve essere determinato tenendo conto delle *concrete possibilità di sfruttamento del suolo secondo la normativa urbanistica ed edilizia applicabile nella zona* (v. gli aa. sopra citati), avendo riguardo anche all'ubicazione, all'accessibilità, alle aree pertinenziali ecc. In altri termini, il valore è quello che si attribuisce alla potenzialità edificatoria del fondo, e non alla proprietà del fondo in quanto tale; è cioè il valore della *facoltà di edificare sul fondo*, anche se disgiunta dalla proprietà dello stesso. Pare dunque confermato che la norma possa funzionare, e l'indennità essere dovuta, anche nell'ipotesi in cui i condòmini non siano comproprietari del suolo, con l'avvertenza che in questo caso la quota da detrarre dal quoziente ottenuto dovrà intendersi come la quota per la quale ciascun condomino (astrattamente) avrebbe diritto di concorrere allo sfruttamento della potenzialità edificatoria del suolo in quanto comproprietario del suolo o in quanto superficario (*pro quota* insieme agli altri condòmini) del suolo medesimo (v. *amplius* S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione, cit.*, p. 273 s.).

JUS CIVILE



altro condomino sia in caso di alienazione a terzi estranei al condominio⁸⁰, che la trascrizione sia da compiere ai sensi dell'art. 2643, n. 2, c.c.⁸¹. In contrario, non varrebbe obiettare che in questi casi l'atto, anziché *costituire* un diritto di superficie, mediante scorporo dal diritto di proprietà dell'alienante di una singola facoltà e trasformazione di questa in un autonomo diritto (con effetto, quindi, derivativo-costitutivo), determina invece un vero e proprio *trasferimento* (non costitutivo) del diritto di sopraelevare l'edificio condominiale già spettante ad un condomino. La formulazione dell'art. 2643, n. 2, c.c. (“contratti che costituiscono, *trasferiscono* o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, *il diritto di superficie...*”), è, infatti, idonea a ricomprendere oltre all'ipotesi della costituzione anche quelle del *trasferimento* – in senso tecnico – di un diritto di superficie già esistente, inteso come diritto di costruire su fondo altrui (*ius aedificandi*)⁸².

Un'ultima notazione, quanto meno per completezza, si impone.

Il diritto di sopraelevare, per come abbiamo cercato di ricostruirne la natura, è un vero e proprio diritto di superficie, per quanto con caratteristiche *sui generis* (v. in punto prescrizione) che discendono dalla sua, già rilevata derivazione dalla posizione dominicale dei condòmini, dal quale la legge lo ha peraltro scorporato. Non sarebbe esatto discorrere, quindi, di un diritto reale “atipico”⁸³, qualificazione la quale renderebbe peraltro incerta (in particolare con riguardo al regime della pubblicità immobiliare) l'individuazione della disciplina applicabile ai negozi che di tale diritto determinassero la circolazione, potendosi al più discorrere, a nostro avviso, di una variante *nominata* del diritto di superficie regolato dagli artt. 952 e seguenti del codice civile.

⁸⁰ D'altronde, anche a voler accettare la tesi secondo cui l'alienazione della facoltà di sopraelevare ad un altro condomino (diversamente da quella fatta ad un estraneo) darebbe luogo solo ad una modificazione della proprietà, e non alla costituzione di un diritto di superficie, risulterebbe irragionevole che la stessa vicenda – se riguardata dal lato del cedente, la vicenda è infatti esattamente identica, e consiste sempre nella perdita della facoltà di edificare, sia che si ceda a terzi sia che si ceda ad un condomino – debba essere resa pubblica in un caso ma non nell'altro oppure debba esserlo, nei due casi, sulla base di norme diverse. L'esigenza di completezza dei registri immobiliari, a cui è collegata anche l'efficacia del principio di continuità delle trascrizioni, imporrebbe di proporre comunque un'interpretazione estensiva dell'art. 2643, n. 2, c.c., atta a ricomprendervi anche il caso della cessione ad altro condomino.

⁸¹ Fatto salvo, riteniamo, il caso in cui il titolare del diritto di sopraelevare alieni il diritto di sopraelevare ad altri (condomini o estranei) trattenendosene tuttavia una quota: vicenda, questa, che dovrebbe essere resa pubblica mediante trascrizione ai sensi dell'art. 2643, n. 3, c.c., ossia della disposizione riguardante i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti del medesimo articolo. Tale disposizione si applica, infatti, a tutti i casi in cui un soggetto conferisce in comunione un bene di cui rimane contitolare (v. L. FERRI e P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 144; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione* cit., p. 85, ove peraltro si ricorda anche la diversa opinione, secondo la quale, non essendo il trasferimento di una quota di proprietà ontologicamente diverso dal trasferimento della proprietà, la norma applicabile sarebbe sempre l'art. 2643, n. 1, c.c., o meglio, per il caso di cui ci stiamo occupando, l'art. 2643, n. 2: così F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 217).

⁸² V. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 137.

⁸³ Per uno spunto in questa direzione v., però, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 516, per il quale si tratterebbe di “un diritto reale (prescrittibile) di divenire condomino con il sopralzo”.