

L'objet de cette recherche est le droit de superficie, dans une perspective comparative. Plus précisément, si l'on considère les frontières labiles de cette figure entre différents ordres juridiques, dans le même ordre juridique au fil du temps, voire en même temps selon les différentes reconstructions de la doctrine et de la jurisprudence, on peut dire que l'objet de cette recherche concerne les phénomènes de dissociation juridique de l'immeuble, sous quelque dénomination que ce soit, dans certains ordres juridiques. En prenant en compte ces phénomènes, on accordera beaucoup d'attention au droit vivant et à la pratique des opérateurs du droit, en analysant et en évaluant les différentes interprétations théoriques à la lumière des besoins sociaux. Tout cela, dès le premier regard, donne l'impression qu'une approche comparative-fonctionnaliste, ayant pour objet également la recherche constructive des éléments les mieux à même de favoriser des expériences d'hybridation juridique, peut s'avérer fructueuse et stimulante.

La dissociation juridique de l'immeuble est la situation dans laquelle la propriété (de tout ou partie) du dessus ou du dessous d'une construction est distincte de celle du sol, en permettant des montages immobiliers plus ou moins complexes. Le droit de superficie est l'instrument, exclusif ou prévalent, qui dans plusieurs systèmes juridiques continentaux réalise l'exigence d'accomplir ces dissociations, avertie de plus en plus fréquemment avec l'urbanisation massive des sociétés du XXI<sup>e</sup> siècle. La dissociation juridique de l'immeuble, ainsi que le droit de superficie qui en est la manifestation la plus courante, ont recouvert un rôle ambigu, un peu dans l'ombre, dans les systèmes juridiques modernes, idéologiquement orientés vers l'idée libérale de l'absolutisme de la propriété et essayant de supprimer toute réminiscence des propriétés collectives germaniques. Ayant survécu – à cause de son enracinement profond dans la pratique du droit pour répondre à des nécessités concrètes de vie des personnes – à la vague du libéralisme, elle a repris à jouer un rôle moins résiduel et plus explicite en présence de phénomènes comme l'urbanisation massive et l'interventionnisme social de l'Etat. L'ambiguïté de l'institution n'a quand même pas totalement disparu et demeure dans les amples débats des juristes sur son encadrement et sur sa nature dans les systèmes de droit des biens, à la frontière entre l'idée plus abstraite d'un démembrement de la propriété et l'idée plus matérielle d'une division de la chose immobilière en des parties isolables distinctes en hauteur (comme déjà cela se passe sans problèmes en largeur), devenant de nouveaux immeubles.

En France, l'englobement de la superficie dans la théorie du double domaine par les juristes médiévaux rendait au lendemain de la Révolution cette institution juridique « suspecte » aux yeux du nouveau pouvoir, réalisant le dessin de la nouvelle classe dominante bourgeoise de libérer la propriété immobilière de tous poids qui en limitaient la pleine exploitation économique capitaliste et une circulation facile. La codification civile de 1804 essaya – pour écarter toute coexistence et superposition de droits de propriété sur une chose correspondant à ses diverses utilités – de rétablir le modèle romain du *dominium*, en le symbolisant par la proclamation de l'absolutisme propriétaire de l'article 544. La propriété du Code civil, unitaire, absolue, exclusive et perpétuelle, était assortie d'une notion forte de l'accession telle que les anciens romanistes et, puis, surtout

Pothier, avaient refondu et systématisé sur la base des matériaux du droit romain. Le droit de superficie n'était même pas cité dans le texte, mais, survécu dans la pratique du droit, surtout à la campagne, était reconnu par la jurisprudence. Un espace très étroit pour le droit de superficie a été trouvé dans la formulation de l'article 553 du Code, qui, en établissant que toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumées faites par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, admettait la preuve contraire, en ajoutant aussi que la règle ne préjudiciait pas la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. Avec le soutien de la plupart des auteurs, la jurisprudence, après quelques hésitations sur la place dans le système du Code des situations de dissociation juridique de l'immeuble, en fit des droits de propriété physiquement superposés mais pleins, indépendants et absolus, dans une vision adhérent à l'idéologie de l'individualisme propriétaire du Code. La figure de la superficie acquérait ainsi un caractère résiduel et expansif, en récupérant, au moins formellement, au système postrévolutionnaire du droit des biens une variété de situations préexistantes, parfois depuis des temps immémoriaux, qu'il ne semblait pas socialement désirable mettre en question. Cette construction était néanmoins bien fragile : dans le but d'éviter une compromission du nouveau système, que l'on voulait inspiré au droit romain, elle en cachait la compromission à un état souterrain et latent, en accueillant en vérité la conception médiévale de la superficie (avec son inspiration germanique), en tant que droits de propriété superposés, même si libérés du cadre de la théorie du double domaine, et non en tant que droit réel sur le fonds d'autrui.

En tout cas, ce qui a fait la fortune de la superficie française semble avoir été précisément sa configuration légère et flexible due au manque d'un régime législatif précis, ce qui a permis à cette institution juridique de se développer assez librement pour répondre à des exigences variées de la pratique du droit des immeubles auxquelles le système des biens du Code civil n'aurait pas facilement pu faire face autrement. Tandis qu'au XIX<sup>e</sup> siècle il s'agissait surtout de sauver dans le nouveau système de droit civil des situations préexistantes de dissociation atypique de l'immeuble dans l'espace, dans le temps ou dans ses utilités économiques entre des sujets différents, aujourd'hui, dans une société très urbanisée, les manifestations de la superficie les plus répandues et les plus fécondes consistent en les baux réels et en la propriété de volumes. Les juristes français conviennent qu'un bail ordinaire peut attribuer pendant la durée du rapport au preneur d'un fonds un droit de superficie sur les œuvres qu'il va y réaliser, au moins si cela résulte explicitement ou implicitement du contrat. En outre, le législateur a adopté avec le temps plusieurs figures spécifiques de baux réels, chacune attribuant au preneur un droit de superficie, différenciées selon l'exigence spécifique envisagée au cas par cas, dans le but de favoriser des typologies d'opérations immobilières, souvent en présence d'intérêts généraux. L'archétype de ces figures hybrides est le bail emphytéotique. Comme l'article L451-10 du Code rural le consacre, l'emphytéose française est en même temps attributive au preneur, profitant de l'accession pendant la durée du rapport, aussi d'un droit de superficie, ce qui a donné lieu à des montages immobiliers sophistiqués, cumulant la souplesse d'un droit personnel et la solidité de deux droits réels. Le succès du bail emphytéotique bien au-delà du monde rural – ce qui est dû précisément à son aptitude à

attribuer, à travers le droit de superficie qui s'y accompagne, la jouissance de l'utilité constructive d'un fonds, dans le cadre d'un rapport conventionnel de longue durée axé sur un projet d'amélioration d'un fonds – a poussé le législateur à la création de nouveaux et plus spécifiques baux réels (notamment bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier, bail réel solidaire, bail emphytéotique administratif), dans lesquels le droit réel conféré est directement et simplement un droit de superficie, adapté d'une manière variée à l'opération envisagée.

L'autre évolution contemporaine de la superficie en France est la propriété de volumes. On l'a décrite ainsi : « Dès lors que le droit de propriété immobilière n'est pas confondu, comme dans la vision classique, avec l'immeuble par nature qui en est l'objet, rien ne s'oppose à la reconnaissance, d'une part, d'une dissociation de la propriété de l'espace délimité par une parcelle de sol en plusieurs propriétés autonomes, d'autre part, de l'existence d'un véritable droit de propriété en l'absence même de bâtiments. La propriété foncière n'est autre chose, en définitive, que la maîtrise exclusive d'un espace, dont la définition par référence à une parcelle foncière n'est que le procédé habituel d'identification. Cette référence demeure lorsque la parcelle en question est elle-même subdivisée en plusieurs espaces ayant des propriétaires différents »<sup>1</sup>.

Le paysage des utilisations du droit de superficie en France dans le but unique ou concourant de réaliser un ou plusieurs intérêts généraux est très large, ce qui témoigne la profondeur du lien structural entre cette institution juridique en l'intérêt général. Pour simplifier, on peut distinguer ces utilisations entre celles visant plutôt à la valorisation économique de la propriété des personnes publiques et celles visant plutôt à la réalisation de politiques sociales, notamment d'accès au logement, et d'urbanisme. Aussi bien des baux réels que des divisions de l'espace en volumes appropriables ont fait l'objet d'utilisations visant à la valorisation de la propriété des personnes publiques. Pour ce qui concerne les volumes, on peut observer que cette finalité constitue voire l'une des raisons concrètement à l'origine du développement d'une telle technique de division des espaces urbains alternative à la copropriété des immeubles bâtis, étant donnée l'incompatibilité entre le régime d'affectation du domaine public et la copropriété, avec ses larges limitations aux pouvoirs du titulaire d'un appartement. La multitude d'activités confiées dans la société française de nos jours à des sujets publics, souvent dans une collaboration avec des sujets privés, est en effet à la base de situations de coexistence juridique qui se traduisent souvent en des situations de coexistence matérielle dans un immeuble de locaux destinés à des fonctions diverses, publiques et privées, ce qui est encore renforcé par la raréfaction des espaces urbains.

Les baux réels peuvent à leur tour constituer des instruments de valorisation de la propriété des personnes publiques. Notamment, des baux emphytéotiques ou à construction de droit civil peuvent être concédés sur des biens publics non domaniaux. En outre, le législateur a décidé de créer de nouvelles figures spécifiques de contrats administratifs, en s'inspirant librement à des institutions de droit civil existantes depuis longtemps, en les adaptant à un contexte de droit

---

<sup>1</sup> F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil : les biens*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, 2014, p. 839.

public et en les décomposant et recomposant de manière variable dans leurs éléments constitutifs selon les exigences spécifiques envisagées. On a ainsi progressivement dépassé le régime juridique traditionnel du domaine public français, considérant comme très précaire toute concession sur celui-ci, qui avait semblé trop limitatif des usages possibles de ces biens, en poussant la pratique administrative et, suite à des arrêts condamnant ces actes, le législateur à introduire des figures de droits réels pouvant être concédées sur des sols publics, voire domaniaux, en offrant aux investisseurs des conditions de plus grande stabilité par rapport au passé, dans une position plus solide envers l'administration publique et envers des tiers, notamment finançant l'opération. Des figures de droit administratif peuvent donc être attributives d'un droit réel, modelé sur les archétypes de droit civil de l'emphytéose et de la superficie, en donnant naissance à des formes de séparation temporaire de la propriété du sol de celle des constructions réalisées en dessus ou en dessous sur la base d'un titre unilatéral ou conventionnel.

Nombreuses sont aussi les utilisations de la superficie liées à la réalisation de politiques publiques, notamment du logement, déjà en se servant du bail emphytéotique, archétype des baux réels. Le bail à construction – la première des figures créés par le législateur en développant le modèle du bail emphytéotique –, aujourd'hui réglé aux articles de L251-1 à L251-9 et de R251-1 à R251-3 du Code de la construction et de l'habitation, lors de son introduction en 1964 par la loi n° 64-1247 était originairement conçu en tant qu'outil pour de larges œuvres d'urbanisation à initiative publique, afin de contraster des spéculations faisant lévirer le coût d'acquisition des sols nécessaires. En alternative donc à l'expropriation administrative et à d'autres voies d'autorité, source de contentieux judiciaires fréquents, le bail à construction était un nouveau schéma visant à associer sur de longues périodes les propriétaires des fonds aux bénéficiaires et aux plus-values des œuvres de construction, pour les persuader, aussi à travers des bénéfices fiscaux, à concéder leurs sols à des valeurs inférieures à ceux de marché, dans des opérations donnant aux constructeurs l'avantage d'une prérogative réelle, se traduisant en la propriété temporaire des bâtiments, et aux propriétaires des terrains l'avantage d'un loyer assuré pendant longtemps et enfin, le plus souvent, le retour de la disponibilité du fonds amélioré par la réalisation des constructions. La vocation sociale du bail à construction demeure témoignée par son usage pour l'accomplissement d'opérations de logements sociaux, comme cela a été le cas du « pass foncier ». Plus récente, une variante du bail à construction directe non pas à la réalisation d'une nouvelle œuvre, mais à la réhabilitation d'une construction déjà existante (le bail à réhabilitation a été introduit par la loi n° 90-449 du 31 mai 1990), témoigne une vocation sociale même plus accentuée. Ce bail vise spécifiquement, à la réhabilitation d'immeubles vieux ou en mauvais état dans le cadre d'un schéma conventionnel ayant aussi pour but la mise à disposition temporaire, de la part du preneur, de l'immeuble réhabilité en faveur de personnes à bas revenus à des fins de logement. On emploie ainsi pour des buts sociaux un patrimoine immobilier privé, concédé par son propriétaire en vue de l'avantage du retour final du bâtiment réhabilité, tandis que le preneur – tenu à louer à son tour jusqu'au terme du contrat les logements à des personnes satisfaisant certaines conditions de ressources – est nécessairement un sujet institutionnellement actif dans le domaine de la réalisation du droit au logement.

On arrive enfin aux deux baux réels les plus récents : bail réel immobilier et bail réel solidaire, eux aussi des dispositifs juridiques sophistiqués, mélangeant un aspect de rapport obligatoire (un bail) avec un aspect de droit réel conféré au preneur pour en renforcer les prérogatives. Le bail réel immobilier, introduit par l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire, s'insère dans le cadre de politiques de logement destinées à la satisfaction d'exigences de ménages de la classe moyenne. Pour synthétiser, le bail réel immobilier s'articule autour d'au moins deux schémas d'opérations, l'un se réalisant à travers l'attribution en propriété temporaire du logement (mais non pas du sol) au ménage à revenu moyen bénéficiaire en contrepartie d'un prix réglementé, l'autre à travers son attribution en propriété temporaire (toujours sans le sol) à un investisseur, le louant à son tour au ménage bénéficiaire à un prix réglementé. Le sol demeure en tout cas la propriété d'un sujet différent, public ou privé, qui en concède l'utilisation par le moyen de ce bail réel. L'opération permet de réduire, pour le bénéfice de ménages à revenu moyen, le coût de la construction en le séparant du coût du sol, puisque la propriété du sol n'est pas attribuée au propriétaire temporaire du logement, mais demeure dans le patrimoine d'une personne de droit public ou de droit privé (notamment associations, fondations ou d'autres sujets juridiques actifs dans le domaine de la réalisation du droit au logement), qui, à la fin du rapport contractuel, établi pour une très longue durée, acquerra aussi la propriété des constructions, en profitant de l'enrichissement de son fonds, qu'il pourra alors continuer à utiliser pour la réalisation de ses finalités institutionnelles. Des précautions sont prises limitant la circulation juridique et économique du logement, pour garantir que son occupant, propriétaire temporaire ou locataire (ayant loué d'un propriétaire temporaire, qui, à son tour, demeure le preneur du bail à construction) de l'habitation, demeure un ménage répondant aux critères de revenus envisagés, en empêchant des formes de spéculation.

Le bail réel solidaire, introduit par l'ordonnance 2016-985 du 20 juillet 2016, reprend le modèle juridique encore récent du bail réel immobilier, en l'adaptant aux exigences de logement non plus des classes moyennes, mais cette fois des classes populaires. Outre le bénéficiaire différent de l'opération, individué sur la base de ses revenus modestes, les spécificités principales de ce bail par rapport au bail réel immobilier résident : dans le fait que le déroulement de travaux de construction ou de réhabilitation de la part du preneur du bail réel n'est qu'éventuel ; dans la possibilité que le preneur du bail réel soit tout de suite, sans intermédiation, le sujet ayant des revenus modérés bénéficiaire de l'opération ; dans la qualité exclusive du bailleur, un organisme de foncier solidaire, exerçant une fonction institutionnelle d'intérêt général ; dans les instruments de contrôle encore plus sévèrement contraignants attribués à ce bailleur, toujours demeurant pendant la durée du contrat propriétaire du sol, qui limitent la transmission du droit réel immobilier pour éviter toute spéculation qui puisse porter atteinte à la valeur sociale de l'opération ; dans le caractère « rechargeable » du droit réel, dont la durée est calculée en recommençant de zéro à chaque transmission (pour la cession du droit il est généralement nécessaire d'obtenir le consentement du bailleur-propriétaire du sol, lequel est obligé en dernier ressort à racheter le droit s'il refuse son approbation à la cession) : c'est une manière de consolider dans les mains de chaque bénéficiaire de l'opération un capital, qu'il peut aussi

transformer facilement en liquidité, sans le risque que sa valeur soit compromise déjà lors de l'acquisition par la proximité de l'échéance.

Ce qu'il est plus important de souligner ici c'est le souffle venant du monde de *common law* qui a inspiré l'introduction dans l'ordre juridique français des deux baux réels les plus récents. En effet, ces dispositifs juridiques, et surtout le bail réel solidaire, avec la création aussi des organismes de foncier solidaire, se présentent comme l'adaptation française du mécanisme du *community land trust*, bien connu dans plusieurs systèmes de *common law*, mais aussi déjà mis à l'épreuve en Belgique.

Le système des *community land trusts* constitue une alternative à l'idée de l'appropriation privée individuelle des sols – surtout urbains – dont la classe des rentiers fonciers bénéficie au détriment des accédants aux logements (mais aussi d'entrepreneurs qui ont besoin de bâtiments servant au déroulement de leurs activités d'entreprise), ce qui est souvent perçu comme une source d'inégalités sociales regrettables. Pour réaliser leur but, les animateurs d'un tel mécanisme utilisent des structures juridiques dirigées à permettre l'accession à la propriété de logements à des personnes à faibles revenus, à travers la séparation de la propriété et du coût du sol (rendu inaliénable et lié stablement au dessin institutionnel de l'organisation) et du bâti. On a individué quelques éléments caractérisant en général le *community land trust* comme une « organisation non marchande qui possède, développe et gère des propriétés au profit des membres de la collectivité locale et avec son concours. Il s'agit pour cette organisation d'acquérir des terrains et des biens immobiliers en vue de les garder durablement en propriété, tout en en faisant profiter (sur le long terme également) des particuliers. [...] La spécificité du modèle des CLT est fondée sur quelques éléments de base : la séparation entre la propriété foncière et la propriété de l'immeuble; la création de logements accessibles à perpétuité; une gestion démocratique de la part de la collectivité; une insertion territoriale poussée; l'accompagnement des habitants; une mixité sociale ainsi qu'une mixité fonctionnelle du bâti »<sup>2</sup>. Les bénéficiaires de l'opération, appartenant aux catégories sociales envisagées, se trouvent ainsi en même temps locataires du sol et propriétaires du logement qui y est bâti, tandis qu'une clause anti-spéculative est prévue pour garantir que, pendant le temps, l'opération demeure en faveur de ces mêmes catégories au fil de la circulation juridique de l'immeuble.

En conclusion, en analysant l'opération d'importation en France du *community land trust*, on peut envisager deux éléments qui pourront déterminer le succès de cette expérience d'hybridation juridique. Le premier concerne la similarité des valeurs sociales et des exigences qui sont à la base de l'opération, qui impliquent à des degrés différents les classes populaires et parfois moyennes de la plupart des pays économiquement développés, fortement urbanisés, où l'impossibilité ou l'extrême difficulté d'accéder à un prix raisonnable à un logement décent et salubre affectent profondément la vie quotidienne des personnes. En même temps, l'enrichissement de quelques propriétaires fonciers, qui dérive de leur rente de situation, est à son tour généralement perçu dans toutes ces sociétés comme un problème, un facteur de multiplication dans le temps des

---

<sup>2</sup> N. Bernard, G. de Pauw, L. Géronnec, *Coopératives de logement et Community Land Trusts*, dans *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2010/28, par. 3.2.1.

inégalités sociales. En deuxième lieu, on a déjà observé l'influence germanique demeurée au-dessous de la surface romaine du système des biens du Code civil. Discrètement, à la frontière et à l'ombre de ce système, des institutions juridiques souples comme le droit de superficie et le bail emphytéotique, qui sous l'Ancien Droit étaient classées parmi les instruments privilégiés de dédoublement du domaine, ont constitué la soupape de décompression de l'ordre juridique instauré par le Code, en empêchant son effondrement sous le poids de sa même rigidité et, plus récemment, en se multipliant en des figures différenciées plus spécifiques de baux réels. Il est donc sur un tissu d'évolution pluriséculaire des baux réels, et non sur un vide, que les deux dernières figures, s'inspirant au mécanisme du *community land trust* de *common law*, se sont installées, en adaptant à des exigences spécifiques certaines caractéristiques qui étaient *in nuce* dans les baux réels déjà existants dans l'ordre juridique français. Loin d'être l'importation d'une institution étrangère inconnue, la création des baux réels immobilier et solidaire – avec leur conception d'une propriété temporaire (mais de longue durée) et limitée (mais garantissant la réalisation des exigences de logement envisagées) – représente une nouvelle étape du long parcours de mise en discussion de l'absolutisme de la propriété du Code civil qui remonte déjà au lendemain de l'émanation du Code, avec la réintégration à un niveau profond du système d'éléments de la conception germanique des situations d'appartenance. Dans la conclusion de la thèse, on fait des propositions opérationnelles, visant à une importation aussi en Italie du mécanisme du *community land trust* et à la modernisation du régime juridique de la superficie dans cet autre ordre juridique, en s'inspirant au modèle français.

### **Bibliographie succincte**

J.-P. Attard, *Un logement foncièrement solidaire : le modèle des community land trusts*, dans *Mouvements*, 2013/2, n. 74, pp. 143-153.

M. Barré-Pepin, *L'accession différée à la propriété du terrain : bail à construction et pass foncier*, dans *Droit et ville*, 2009, n. 68, pp. 205-222.

J.-P. Bertrel, *L'accession artificielle immobilière : contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie*, dans *RTD civ.*, 1994, pp. 737-775.

P. Chambelland *et alii*, *Les ensembles immobiliers complexes*, dans *Rép. Defrénois*, 1975, I, pp. 1217-1237.

J.-C. Chaput, S. Rochegude, *L'organisation conventionnelle de l'espace*, dans *Division de l'immeuble : le sol, l'espace, le bâti*, 103<sup>e</sup> congrès des notaires de France, Malesherbes, 2007, pp. 337-517.

J. Cumenge, *Imbrication dans l'espace de propriétés privées et publiques*, dans *Tunnels et ouvrages souterrains*, 1974, pp. 251-260.

W. Dross, *Droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, 2014.

Y. Gaudemet, *Ouvrage complexe et domanialité publique*, dans *RDI*, 1999, pp. 507-521.

C. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, 1983.

J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble : contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976.

R. Savatier, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, dans *Dalloz*, 1976, *Chronique*, pp. 103-110.

R. S. Swann et alii, *The Community Land Trust. A Guide to a New Model for Land Tenure in America*, Cambridge (Massachusetts), 1972.

A. Vercellone, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, dans *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Milan, 2017, pp. 903-925.

B. Wertenschlag, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, dans *AJDI*, 2016, pp. 740-746.

F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 2008.

**Mots clefs** : *droit de superficie ; droit comparé de la propriété ; droit de l'urbanisme ; droit de la construction ; baux réels ; propriété de volumes.*