

SIRIO ZOLEA*

LE DROIT DE SUPERFICIE AUJOURD'HUI:
ENTRE DISSOCIATION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE
ET SOLIDARISATION DU DROIT

UNE ANALYSE COMPARATIVE DES ORDRES JURIDIQUES FRANÇAIS,
BELGE ET ITALIEN

RESUMÉ. *L'objet de cet article est le droit de superficie, dans trois ordres juridiques: non pas explicitement réglementé en France, normé en Italie par le Codice civile et en Belgique par une loi spéciale, les diversités concernent non seulement la forme, mais aussi le fond des règles et leur usage dans la pratique. L'article analyse les raisons historiques et systématiques de ces différences, notamment pour comprendre pourquoi le droit de superficie s'est récemment développé en France en une multitude de figures, chacune répondant à des besoins sociaux spécifiques, bien au-delà des emplois de cette institution juridique pratiqués dans le modèle juridique italien. La Belgique pourra fournir d'autres éléments de comparaison, en tant que système de droit civil très proche de celui de la France, mais ayant connu des développements autonomes importants dans la matière spécifique de la superficie.*

ABSTRACT. *This article concerns the right of superficies, with regard to three legal orders. This right is not explicitly regulated in France, while it is regulated in Italy by the Codice civile and in Belgium by a specific act. The differences concern not only the form, but also the content of the rules and their use in practice. The article analyses the historical and theoretical reasons of such differences, particularly in order to understand why the right of superficies has recently developed in France into a multitude of structures, each one answering a specific social need, far beyond the more sporadic uses of this legal instrument in the Italian legal order. Belgium can provide further elements of comparison, as a legal order close to the French one, having experienced important autonomous developments in the specific topic of the right of superficies.*

* Postdoctoral researcher in Private Comparative Law - University of Macerata; Lecturer of Private Comparative Law - University of Teramo.

CONTENT. 1. Introduction – 2. Le droit de superficie en tant que manifestation d'un principe juridique de l'acquisition de la propriété par le travail – 3. France: un droit de superficie souple et adaptable, ayant évolué dans les interstices de la loi – 4. Belgique et Italie: des expériences de transposition de la superficie en droit positif – 5. Des équilibres variables entre droit de superficie et dissociation juridique de l'immeuble – 6. Conclusion

1. Introduction

L'objet de cet article est le droit de superficie, en tant que manifestation principale des phénomènes de dissociation juridique de l'immeuble, dans une perspective comparative¹. La dissociation juridique de l'immeuble est la situation dans laquelle la propriété du dessus ou du dessous 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 ordres juridiques continentaux satisfait à l'exigence de réaliser ces dissociations, avertie de plus en plus fréquemment avec l'urbanisation massive des sociétés du XXI^e siècle. On prendra en considération trois modèles juridiques, France, Italie et Belgique. La superficie présente des différences importantes entre eux: non pas explicitement réglementée en France, normée en Italie par le *Codice civile* et en Belgique par une loi spéciale, les diversités concernent non seulement la forme, mais aussi le fond des règles et leur usage dans la pratique du droit. Cet article analyse les raisons historiques et systématiques de ces différences, notamment pour comprendre pourquoi le droit de superficie s'est récemment développé en France en une multitude de figures, chacune répondant à des besoins sociaux spécifiques, bien au-delà des emplois de cette institution pratiqués dans le modèle juridique italien. La Belgique pourra fournir d'autres éléments intéressants de comparaison, en tant que système de droit civil en général très proche de celui de la France, mais ayant connu des développements autonomes importants dans la matière spécifique de la superficie.

¹ V., *amplius*, S. ZOLEA, *Il diritto di superficie nei sistemi delle regole di appartenenza: uno studio comparativo*, EUM, Macerata, 2020.

2. Le droit de superficie en tant que manifestation d'un principe juridique de l'acquisition de la propriété par le travail

En droit romain, la conception classique unitaire du *dominium* faisait obstacle à toute hypothèse de division de la propriété immobilière en couches superposées². Ce système évolua avec le temps, tandis que la société romaine était confrontée à une urbanisation massive requérant de nouvelles et plus souples règles de droit. Dans un but d'exploitation économique des utilités constructives du fonds sans impliquer sa cession définitive, on commença à attribuer à des tiers la possibilité d'édifier sur le sol d'autrui, public et successivement aussi privé, dans un premier temps dans le cadre d'un rapport de *locatio conductio* de longue durée. Par l'œuvre du préteur, la rendant directement justiciable à l'égard de tiers, la situation du superficiaire ne tarda à s'approcher à la sphère de la réalité, jusqu'à s'y établir décidément à l'époque de Justinien, en tant que droit réel sur le fonds d'autrui ayant un contenu ample d'attribution de la pleine jouissance d'un bâtiment ou d'une partie de celui-ci, aliénable, susceptible d'hypothèque et transmissible aux héritiers³. L'avènement des invasions barbares, le nouveau paradigme culturel et religieux et la fin de l'Empire romain eurent en tant que conséquence en matière de règles des situations d'appartenance un affaiblissement du principe individualiste de l'accession en faveur d'un principe plus solidariste, en vertu duquel tout ce que l'homme produit par son œuvre et son travail lui appartient, sauf si y fait obstacle un autre principe de droit auquel la loi donne prévalence dans le cas spécifique, l'acquisition d'un bien dépendant ainsi en général du fait du travail humain et non pas d'un rapport de prééminence entre des choses⁴. La notion ayant une source romaine du droit de superficie, en tant qu'exception, dérogation et tempérament aux implications les plus extrêmes du régime du *dominium*, s'affaiblissait par conséquent, tandis que dans la multitude de droits coutumiers locaux des formes diverses de décomposition de la titularité du sol de celle des plantations et des œuvres se diffusaient⁵. Tout cela dépendait largement des

² V. Gai, 2, 73.

³ P. BONFANTE, *Diritto romano*, F.lli Cammelli, Florence, 1900, p. 316.

⁴ V. SIMONCELLI, *Nota a Trib. civ. Lecce, 8 giugno 1899*, in « Il foro it. », 1900, I, c. 70; A. BARCA, C. MARVASI, *La superficie* (« Il diritto privato oggi »), Giuffrè, Milan, 2004, p. 24.

⁵ V. R. FAIVRE-FAUCOMPRÉ, *Le droit de superficie dans la doctrine coutumière d'Ancien Régime*, in G. CHOISEL *et al.*,

conditions économiques de l'époque: fuite des gens des villes à la campagne, agriculture de subsistance, réduction de la population, délaissement des fonds, en rendant nécessaire que le droit encourageât leur culture même au détriment de la situation juridique du propriétaire formel. L'une des réponses à ces besoins fut une plus souple ouverture à des schémas de séparation horizontale de la propriété, valorisant l'exploitation d'éléments du dessus – attribués de façon variée selon le temps et le lieu à titre de propriété à plusieurs sujets différents – sans sacrifier complètement les intérêts du titulaire du sol⁶. En général, s'affirme une conception des situations d'appartenance tendant à donner un habillage juridique au fait économique, à l'effectivité bariolée des situations possessoires visant à la jouissance productive d'une ou de plusieurs des potentialités concrètes de la chose, à travers la reconnaissance de la part de l'ordonnancement juridique de ces situations possessoires, au moins jusqu'à ce qu'un meilleur titre à la possession de quelqu'un d'autre se manifeste⁷. La notion romaine de la propriété, qui malgré tout n'avait jamais été complètement éradiquée, revenait à attirer l'attention seulement à l'époque de la redécouverte des sources romaines, tandis que de nouveaux phénomènes d'urbanisation commençaient à se dérouler. On admettait alors une propriété séparée de la construction, en tant qu'exception à la règle de l'accession, en mélangeant d'une manière variée selon le territoire des institutions juridiques ayant des origines diverses comme superficie, emphytéose, fief, baux de longue durée, tous placés dans le cadre de la théorie du double domaine, qui essayait d'adapter le *dominium* romain aux régimes féodaux des situations d'appartenance – manquant d'homogénéité, stratifiés et axés sur le lien avec le *status* du bénéficiaire – pour les légitimer de l'autorité idéale du *Corpus iuris civilis*⁸. À travers la notion de domaine utile, des droits sur la chose d'autrui étaient

Coutume, usages et pratiques: disputatio magistrorum et scholarium argenterati, Mare et Martin, Paris, 2015, p. 31; A. SOLMI, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, in « Rivista di diritto civile », n° 4, 1915, p. 481.

⁶ V. D. RICHARD, *De la propriété du sol en volume*, thèse Paris II, 2015, p. 37: « Au cours de la période féodale, le droit de superficie subit des transformations [...], perdant plus ou moins ses spécificités romaines (usage en milieu urbain, division de la chose plutôt que du droit). Il semble prendre surtout la forme d'un éclatement de prérogatives, même si des situations articulées autour d'une séparation physique subsistent ».

⁷ L. MOCCIA, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, CEDAM, Padoue, 2016, pp. 114-116.

⁸ V., *ex ceteris*, SOLMI, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medio evo*, cit., p. 494; P. GROSSI, *La proprietà*

transformés idéalement en des formes de propriété, économiquement commercialisables; le superficiaire était ainsi réputé propriétaire de la chose à titre utile, ce qui marquerait l'institution de la superficie aussi dans ses évolutions successives, avec une intensité particulière due à la fusion conceptuelle entre la dissociation idéale de la propriété en éminente et utile et la dissociation juridique de la matérialité de l'immeuble entre le sol et le dessus⁹.

3. France: un droit de superficie souple et adaptable, ayant évolué dans les interstices de la loi

En France, au lendemain de la Révolution, l'englobement de la superficie dans la théorie du double domaine rendait cette institution 'suspecté' aux yeux du nouveau pouvoir, réalisant le dessin de libérer la propriété immobilière de tous poids¹⁰ en limitant la pleine exploitation économique capitaliste et une circulation facile¹¹. La codification civile de 1804 essaya de rétablir le modèle romain du *dominium*, symbolisé dans la proclamation de l'absolutisme propriétaire de l'art. 544, assorti d'une notion forte d'accession telle que les anciens romanistes et, puis, surtout Pothier, avaient refondu et systématisé. Le droit de superficie n'était, comme celui d'emphytéose, même pas cité dans le texte¹², mais, survécus dans la pratique du droit, surtout à la campagne, ils étaient reconnus par la jurisprudence. Un espace très étroit pour le droit de superficie fut trouvé dans les interstices des règles de l'art. 553 du Code (qui, avec l'art. 552, reformulait le concept de l'art. 187 de la Coutume de Paris), 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

e le proprietà nell'officina dello storico, Editoriale scientifica, Naples, 2006, p. 70; J.P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2010², pp. 423-428.

⁹ F. ZENATI-CASTAING, *Propriété et droits réels: étendue de la propriété foncière*, in « RTD civ. », 1999, pp. 146-147; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, Paris, 2008³, p. 226.

¹⁰ V. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, artt. 2, 17.

¹¹ V. art. 537 Code civil.

¹² On trouve aujourd'hui la superficie citée aux artt. 2521 et 2531, parmi les dispositions applicables à la collectivité territoriale d'outre-mer de Mayotte.

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 bâtiment¹³. Avec le soutien de la plupart des auteurs¹⁴, la jurisprudence, après quelques hésitations, en fit des droits de propriété physiquement superposés mais pleins, indépendants et absolus¹⁵, 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 post-révolutionnaire du droit des biens une variété de situations préexistantes 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. Les juristes français d'aujourd'hui se partagent encore entre les partisans d'un tel point de vue, dit « moniste », sur la superficie¹⁶ et les

¹³ V. aussi l'art. 664 de la version originale du Code, avant la réglementation de la copropriété des immeubles bâtis.

¹⁴ V. P.A. MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. III, Tarlier, Bruxelles, 1829⁴, p. 37; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, IX: *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, Durand, Hachette, Paris, 1870⁴, p. 371; C. AUBRY, C.F. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 5^e éd, Marchal et Billard, Paris, 1897, pp. 623-624: « Le droit de superficie est un droit de propriété portant sur les constructions, arbres, ou plantes, adhérent à la surface d'un fonds (*édifices et superficies*), dont le dessous (*tréfonds*) appartient à un autre propriétaire. [...] Le droit de superficie constitue une véritable propriété corporelle, immobilière ».

¹⁵ *Cass. req.*, 7 mai 1838, S., 1838, 1, 719; *Cass. civ.*, 18 mai 1858, D., 1858, 1, 218; *Cass. req.*, 23 déc. 1861, D., 1862, 1, 129; *Cass. civ.*, 16 déc. 1873, S., 1874, 1, 457; *Cass. civ.*, 14 nov. 1888, D., 1889, 1, 469; *Cass. req.*, 27 avr. 1891, D., 1892, 1, 219; *Cass. req.*, 8 nov. 1911, D., 1912, 1, 484; cfr A.-M. PATAULT, *La propriété non exclusive au XIX^e siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*, in « Revue historique de droit français et étranger », 1983, pp. 217 ss.

¹⁶ V. déjà G. BAUDRY-LACANTINERIE, M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI: *des biens*, Sirey, Paris, 1905³, p. 242; A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Dalloz, Paris, 1921³, pp. 789-790; L. JOSSELAND, *Cours de droit positif français*, t. I, Sirey, Paris, 1932², pp. 943-945, pp. 1008-1010; de nos jours, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, t. II, vol. II, Montchrestien, Paris, 1994⁸, p. 5, pp. 122-123; W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014², p. 299; en discutant de baux réels, v. D. DE LATAULADE, A. BOQUET, *L'avenir du bail à construction*, in « Gaz. Pal. », 1974, 1, *Jurisprudence*, p. 439; RICHARD, *De la propriété du sol en volume*, cit., pp. 731

partisans d'une théorie, dite « dualiste », qui, sur la base de la considération de l'abstraction excessive impliquée par la vision traditionnelle¹⁷, reconnaît la superficie comme ayant une nature complexe: droit réel¹⁸ sur le sol d'autrui, une sorte de participation à sa propriété consistant en la prérogative d'y bâtir ou d'y planter, intégré avec un conséquent véritable droit de propriété séparée sur les constructions ou plantations¹⁹. Encore, il y a quelqu'un qui, dans le but de récupérer la conception romaine de la superficie, plus proche peut-être de l'intention originale des rédacteurs du Code – mais peu soucieux de la multiplicité d'usages qu'une institution désormais 'contaminée' de la dimension propriétaire a trouvé en satisfaisant par son élasticité beaucoup de besoins sociaux diversifiés – voudrait réduire ce droit à une prérogative réelle sur le fonds d'autrui²⁰, en tant que telle soumise à prescription extinctive.

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 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

ss.; plus attentifs à la problématique de la nécessité d'un droit réel ou personnel comportant la mise à disposition du sol au superficiaire, qu'ils recherchent dans un titre externe au droit de superficie mais qui est la source de celui-ci, v. P. LEFÈVRE, *Les conventions de superficie en droit français*, thèse Paris II, 1976, *passim*, notamment pp. 29-30; C. LARROUMET, *Droit civil*, t. II: *les biens, droits réels principaux*, Economica, Paris, 2006⁵, pp. 435 ss.; G. CORNU, *Droit civil – les biens*, Paris, Montchrestien, 2007¹³, p. 248; P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2015⁶, pp. 292-293.

¹⁷ Cf C. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, LGDJ, Paris, 1983, p. 151; G. GOUBEAUX, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière*, in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz, Paris, 1983, p. 293, note 43.

¹⁸ Ou, pur quelques-uns, personnel: J. CUMENGE, *Imbrication dans l'espace de propriétés privées et publiques*, in « Tunels et ouvrages souterrains », 1974, p. 254.

¹⁹ J.P. BERTREL, *L'accession artificielle immobilière: contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie*, in « RTD civ. », 1994, pp. 770-771; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III: *les biens*, PUF, Paris, 2000¹⁹, pp. 339-340; v. déjà J.B.V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. VIII, Lagier, Dijon, 1825, p. 549; A. WEISS, *Des droits de superficie, en droit français et en droit romain*, thèse Strasbourg, 1853, pp. 40-41; cf., dans la jurisprudence, *Cass. req.*, 5 nov. 1866, *S.*, 1866, 1, 441; *Cass. 3^e civ.*, 16 mai 2001, n° 98-70142.

²⁰ ZENATI-CASTAING, *Propriété et droits réels: droit de superficie*, cit., pp. 656 ss.; *adde*, F. DUMONT, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse Lyon III, 2001.

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, aujourd'hui 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 explicitement²¹ ou implicitement²² 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, c'est-à-dire la forme dans laquelle le législateur français a en 1902 cristallisé dans cet ordre juridique l'emphytéose, dans le sillage de la tradition d'Ancien Droit et de la pratique du droit, mais (comme déjà depuis la Révolution) en interdisant sa perpétuité. Comme l'art. 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 précisément dû à son aptitude à attribuer, à travers aussi 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

²¹ *Cass. req.*, 27 mai 1873, *S.*, 1873, 2, 254; *Cass. 3^e civ.*, 6 nov. 1970, *D.*, 1971, J., 395; *Cass. 3^e civ.*, 12 mars 2002, n° 00-21123; ZENATI-CASTAING, REVET, *Les biens*, cit., pp. 223-224; F. TERRÉ, P. SIMLER, *Droit civil: les biens*, Dalloz, Paris, 2014⁹, p. 842.

²² *Cass. civ.*, 7 avr. 1862, *S.*, 1862, 1, 450; *Cass. civ.*, 26 juill. 1921, *D.*, 1925, 1, 78; *Cass. civ.*, 14 déc. 1923, *D.*, 1925, 1, 111; E. LARCHER, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Rousseau, Paris, 1894, pp. 288-289; AUBRY, RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, cit., p. 627; BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, cit., p. 31; JOSSEAND, *Cours de droit positif français*, cit., p. 945; cfr M. PLANIOL, G. RIPERT, M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français: les biens*, t. III, LGDJ, Paris, 1926, p. 317.

construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier, bail réel solidaire, bail emphytéotique administratif, ainsi que d'autres formes de concession administrative attributives d'un droit réel), dans lesquels le droit réel conféré est directement et simplement un droit de superficie, adapté d'une manière variée à l'opération envisagée²³, par exemple de réalisation de logements sociaux ou de projets d'édification sur des sols privés ou publics à des fins d'intérêt privé ou général.

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 »²⁴. Les propriétaires de volumes sont réciproquement indépendants malgré un réseau de servitudes et d'obligations *propter rem* les liant l'un l'autre. Théorisée dans un premier temps par Savatier comme une évolution de la conception de l'objet de la propriété immobilière, d'un plan à un espace²⁵, plutôt que comme une nouvelle forme du droit de superficie²⁶, la plupart des auteurs et des praticiens du droit – confron-

²³ Plusieurs auteurs français, adoptant l'interprétation moniste, qui ne voit dans la superficie rien d'autre que des droits de propriété juxtaposés dans l'espace, sont au contraire poussés par leur vision à « dédoubler », comme dans le bail emphytéotique, le droit réel conféré au preneur par ces autres contrats. Le bail attribuerait donc une sorte de droit réel innommé autorisant le preneur à bâtir et lui donnant le titre nécessaire pour acquérir, une fois réalisée l'œuvre, aussi la propriété superficière de celle-ci: LARROUMET, *Droit civil*, cit., p. 444; cfr MAZEAUD, MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de droit civil. Biens: droit de propriété et ses démembrements*, cit., p. 5, pp. 414-415; v. aussi GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, cit., p. 128. C'est pour cette raison que les baux réels semblent l'un des points faibles de la théorie moniste, qui, en la présence dès le début du rapport d'un droit réel sur le fonds tel que la loi l'attribue, est contrainte à une multiplication conceptuelle des droits réels peu conforme au rasoir d'Occam.

²⁴ TERRÉ, SIMLER, *Droit civil: les biens*, cit., p. 839.

²⁵ R. SAVATIER, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, in « RTD civ. », 1958, pp. 1 ss.; R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, in « RTD civ. », 1958, pp. 331 ss.

²⁶ SAVATIER, *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers*, in « D. »,

tés à la réalisation de grands ensembles immobiliers auxquels le régime légal de la copropriété des immeuble bâtis, avec ses parties communes, peu s'adapte, d'autant plus en la présence éventuelle d'espaces du domaine public²⁷ – ont plus traditionnellement conçu cette propriété de volumes d'espace dépourvue d'un droit sur le sol dans une certaine continuité avec la notion de superficie²⁸, à laquelle ils étaient plus familiarisés.

L'avant-projet de réforme du droit des biens²⁹, proposition doctrinale de mise à jour du deuxième livre du Code civil, face à cette multitude bigarrée de phénomènes juridiques réunis sous le cadre conceptuel de l'institution superficière, a hardiment proposé de les séparer selon leur titre constitutif: la propriété d'une partie du fonds située au-dessus ou au-dessous d'une limite conventionnellement fixée, ainsi que les volumes créés par une division spatiale moyennant l'établissement d'un état descriptif de division, parmi les règles concernant l'objet de la propriété immobilière, comme Savatier l'avait suggéré; les droits réels conférés par certains baux comme des démembrements du droit de propriété, attributifs au preneur d'un fonds de l'utilité de construire ou de planter sur celui-ci, en acquérant, pendant la durée du contrat, la propriété de ce qu'il a réalisé;

1976, Chronique, pp. 105-106; v. aussi LEFÈVRE, *Les conventions de superficie en droit français*, cit., p. 29; H. PÉRI-NET-MARQUET, *L'immeuble et le Code civil, in 1804-2004, le Code civil: un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 404: « même si référence à l'octroi d'une superficie est encore parfois faite dans les actes notariés, l'appréhension par la pratique du phénomène est, aujourd'hui, plus directe. Le volume, objet de la vente, n'est pas un cube d'air mais un espace géographique à trois dimensions bien définies. Il peut avoir pour assiette un ou plusieurs terrains, mais n'inclut pas ces terrains et n'intègre pas forcément d'immeubles, même s'il est destiné à en recevoir »; J.C. CHAPUT, S. ROCHEGUDE, *De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier*, in « Rép. Defrénois », 2007, I, p. 580.

²⁷ Etant 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: v. *CE, 11 févr. 1994, n° 109564; CAA Douai, 1^{re} Ch., 8 juill. 2003, n° 00DA00376*.

²⁸ E. SOMMIER, *La division de la propriété immobilière*, in « JCP N », 1976, I, *Formules*, n° 2788, par. 1-8; P. DE BESOMBES-SINGLA, *Droit de superficie et construction en volumes*, in *Pratique et évolution de la copropriété, 73^e congrès des notaires de France*, Clermont-Ferrand, De Bussac, 1976, 596 ss.; P. CHAMBELLAND, Y. ROUSSEAU, A. HALOCHE, *Copropriété et grands ensembles, la construction en volumes*, in « AJPI », 1981, pp. 691 ss.; P. SIMLER, *Ouvrages complexes et droit de propriété*, in « RDI », 1999, p. 494; G. DAUBLON, *Droit de superficie et état descriptif de division*, in « Rép. Defrénois », 2000, I, pp. 21 ss.; J.C. CHAPUT, *Volumes (construction en-)*, in P. MALINVAUD, *Droit de la construction*, Dalloz, Paris, 2018⁷, pp. 2072 ss.

²⁹ H. Périnet-Marquet (sous la direction de), *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec-LexisNexis, Paris, 2009.

enfin, un droit réel de jouissance spéciale, conférant, sous réserve des règles d'ordre public, le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs biens, en absorbant la fonction traditionnelle de la superficie de soupape de décharge du système de droit des biens du Code en présence de nécessités atypiques de dissociation des utilités d'un immeuble³⁰. L'adoption de la part du législateur français d'une telle approche envers le droit de superficie, après l'avoir laissé développer spontanément pendant longtemps, serait la source d'une certaine simplification du système, que les théories courantes, moniste, plus apte à expliquer la propriété d'un volume sans attribuer à son titulaire un droit portant sur le sol, et dualiste, mieux s'adaptant aux baux réels, ont du mal à reconstruire d'une manière cohérente.

4. Belgique et Italie: des expériences de transposition de la superficie en droit positif

En Belgique, où les événements historiques ont fait demeurer en vigueur le Code Napoléon, avec quelques modifications au fil du temps, le droit de superficie est l'une des institutions du droit des biens réglementées avec plus de différences avec la France. Dès la loi du 10 janvier 1824, des règles spécifiques s'ajoutent aux articles du Code civil en matière d'accession³¹. Considéré longtemps un sujet désuet, suite à sa reprise par la pratique du droit, la superficie est revenue à attirer l'attention des juristes et une réforme en a récemment précisé et modernisé la réglementation, par la loi du 25 avril 2014. L'article premier de la loi sur le droit de superficie le définit comme « le droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations, en tout ou partie, sur, au-dessus ou en-dessous du fonds d'autrui ». Si la formulation littérale semble tendre à une notion de la superficie seulement comme un droit réel sur le fonds d'autrui³², la

³⁰ C'est une idée qui a bientôt été reprise par la jurisprudence, qui demeure incertaine sur le point de la durée possible d'un tel droit réel de jouissance spéciale: *Cass. 3^e civ., 31 oct. 2012, n. 11-16304*; *Cass. 3^e civ., 28 janv. 2015, n. 14-10013*; *Cass. 3^e civ., 8 sept. 2016, n. 14-26953*.

³¹ Dont notamment l'art. 553 du C. c., de l'esprit de *probatio diabolica* duquel les juristes belges tendent à donner une interprétation plus souple que leurs collègues français, en admettant par toutes voies de droit des éléments de fait propres à renverser les deux présomptions: A. GOSSELIN, L. HERVE, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, in « Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège », n° 1, 2007, p. 18.

³² Cfr F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VIII, Bruylant, Bruxelles, Durand et Pedone Lauriel, Paris,

doctrine d'aujourd'hui interprète quand même « avoir » comme « avoir en propriété »³³, dans une lecture qui peut rappeler la théorie dualiste en France: « C'est un droit réel démembré, mais un peu particulier en ce qu'il se décline par rapport au fonds, qui reste le point de repère, mais se définit par sa conséquence essentielle, une propriété immobilière temporaire sur, au-dessus ou en-dessous de ce fonds »³⁴. Malgré les ouvertures théoriques de la doctrine³⁵ à une approche tridimensionnelle en matière de propriété, en Belgique la jurisprudence fait obstacle à l'accueil d'opérations de division en volumes appropriables d'un espace abstrait telles que pratiquées en France³⁶, si bien que la seule manière de dépasser un tel barrage pourrait être l'intervention du législateur, comme l'a récemment souhaité le Gouvernement dans son projet de loi réécrivant les règles de droit civil en matière de biens³⁷. La différence avec le modèle français, qui découle de la présence en Belgique d'un régime légal de la superficie, est profonde, à partir de l'existence d'une limite (de 50 ans) à la durée du droit. Mais l'élaboration des juristes belges a rapproché le chemin de la superficie entre les deux ordres juridiques, en distinguant les situations dans lesquelles le droit conféré consiste en un droit de superficie à titre principal – soumis au régime légal sauf convention contraire – des situations dans lesquelles il s'agit, au contraire, d'un droit de « superficie-conséquence », constitué d'une façon explicite ou implicite à titre accessoire, au service d'un autre droit constitué à titre principal: emphytéose (elle aussi régie par une loi de 1824), usufruit, servitude, bail ou

1878³, pp. 494-496.

³³ GOSSELIN, HERVE, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, cit., pp. 9-10.

³⁴ P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ, R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. II: *droits réels principaux démembrés*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 365.

³⁵ LECOCQ, BOUFFLETTE, SALVÉ, POPA, *Manuel de droit des biens*, cit., pp. 364-365; N. VERHEYDEN-JEANMART, P.P. RENSON, *La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes*, in A. WIJFFELS, *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 333 ss.

³⁶ Encore sur la base du texte législatif d'avant la réforme de 2014, v. *Cour de Cassation, 13 septembre 2013, n° C.12.0422.F*.

³⁷ Chambre des représentants de Belgique, *Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil*, dont v. notamment les artt. 3.61, 3.192 ss. Avant la publication de cet article, le projet a enfin été approuvé (loi promulguée par le Roi le 04/02/2020, publiée sur le Moniteur belge du 17/03/2020, page 15753) et entrera en vigueur le 01/09/2021.

éventuellement concession domaniale. Dans ces cas, sauf si la non-renonciation à l'accession immédiate du propriétaire du fonds émerge du titre, le droit principal, apte à justifier l'occupation du fonds, comporte aussi, pour son bénéficiaire, une propriété provisoire des constructions³⁸. Le régime du droit conféré – notamment les modalités de constitution, l'ampleur, la durée, les limites et les règles sur l'opposabilité à l'égard des tiers – n'est donc pas dans ces cas celui de la loi sur le droit de superficie, mais il dépend du régime du droit principal³⁹. Par cette théorie, que le projet de loi soumis au législateur – enfin approuvé, en vigueur depuis septembre 2021 – veut transposer en droit positif⁴⁰, la superficie belge combine les avantages de la certitude d'un régime général précis de l'institution avec les avantages de souplesse des situations plus fluides où la superficie est la conséquence d'un autre droit. Une autre spécificité remarquable de la réglementation belge est la possibilité de constituer un droit de superficie de la part de tout titulaire d'un droit réel immobilier, même si autre que la propriété, naturellement dans les limites de son droit.

En Italie, le *Codice civile* de 1865 avait explicitement réglementé le droit d'emphytéose, mais, assez fidèle au modèle français, non pas celui de superficie⁴¹; au contraire, le nouveau texte de 1942 a codifié aussi la superficie. En reprenant l'une des orientations du débat précédant⁴² – qui déjà affirmait dans le silence du texte, comme

³⁸ V. déjà P. LÉVIE, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Publication universitaires de Louvain, Louvain, 1951, pp. 373-374; cfr Gosselin, Herve, *De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains*, cit., pp. 18-19.

³⁹ LECOCQ, BOUFFLETTE, SALVÉ, POPA, *Manuel de droit des biens*, cit., pp. 361-364; cfr *Cass. 1^{re}, 12 juin 2014, Pas., n° 422, 1483; App. Liège, 28 janvier 2015, n° F-20150128-10; App. Liège, 7^e ch., 11 janvier 2017, Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2017, n° 20, p. 933.*

⁴⁰ V. notamment les artt. 3.195 et 3.197 du projet.

⁴¹ La doctrine italienne avant 1942 se partageait, avec des similarités avec le débat français actuel, entre partisans d'une juxtaposition dans l'espace de propriétés autonomes, partisans d'une sorte de servitude sur le fonds d'autrui s'ajoutant à la propriété du dessus, partisans d'une copropriété *pro indiviso*, partisans d'un droit exclusivement personnel et partisans d'une nature complexe du droit de superficie, en tant que droit réel autonome attribuant la prérogative d'édifier ou de planter avec la conséquence de l'acquisition de la propriété séparée de ce que l'on a réalisé, en essayant comme en France de déduire l'existence de ce droit des interstices des règles en matière d'accession ou, plus radicalement, en rejetant le principe du *numerus clausus* des droits réels.

⁴² V. notamment A. LUCCI, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo* (« Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza »), Marghieri, Naples, UTET, Turin, 1927.

la doctrine dualiste en France, la nature complexe du droit de superficie, en tant que droit réel autonome attribuant la prérogative d'édifier avec la conséquence de l'acquisition de la propriété séparée de ce que l'on a réalisé – l'art. 952 du nouveau Code explicite que le propriétaire peut constituer le droit de faire et de maintenir au dessus du sol une construction (mais non pas une plantation, dont le législateur a voulu prohiber la propriété superficière, en la jugeant périlleuse pour l'exploitation agricole efficiente du fonds⁴³) à bénéfice d'un autre, qui en acquiert la propriété. Il peut également aliéner la propriété de la construction déjà existante, séparément de la propriété du sol. Les mêmes règles concernent les constructions dans le sous-sol. La superficie peut être constituée pour un temps déterminé ou indéterminé, en permettant une aliénation permanente des constructions en dessus ou en dessous, mais le droit de bâtir sur le sol d'autrui se prescrit en cas de non-usage pendant 20 ans. La réglementation de la superficie dans le *Codice civile* est assez courte et synthétique, en laissant libres les parties (en cas d'attribution conventionnelle du droit) de déterminer le régime détaillé et la doctrine d'énucléer la configuration de l'institution et du rapport entre sol et construction⁴⁴. Les auteurs d'après la codification se sont partagés entre une vision bipartite et une vision tripartite de la superficie, découlant d'une interprétation différente de l'expression de la loi « droit de faire et maintenir une construction » et du rapport entre « faire » et « maintenir ». Une théorie lit alors dans l'art. 952 du Code civil l'existence de trois figures: droit de superficie sur le sol d'autrui, propriété superficière, se formant suite à (et comme effet de) l'édification de la part du bénéficiaire du droit de superficie, et simple propriété séparée due à l'aliénation d'une construction déjà existante séparément de la propriété du terrain, matériellement imbriquée avec celle-ci mais indépendante de tout droit réel de superficie sur le sol, avec la conséquence que son propriétaire, dépourvu de toute prérogative sur le sol, ne pourrait pas reconstruire en cas de ruine ou de démolition de son bien⁴⁵. L'autre théorie, au contraire, ne voit que deux situations juridiques

⁴³ *Codice civile: testo e relazione ministeriale*, Istituto poligrafico dello Stato, Rome, 1943, n° 446, p. 94.

⁴⁴ G. PANDOLFELLI *et al.*, *Codice civile: libro della proprietà illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Giuffrè, Milan, 1941, pp. 147-148.

⁴⁵ L. SALIS, *La superficie*, UTET, Turin, 1949, *passim*; L. SALIS, *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, UTET, Turin, 1971, pp. 945 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, Giuffrè, Milan, 1965⁹, pp. 534-535; A. RICCIO, *Il diritto di superficie, la proprietà superficaria e la proprietà separata*, in « Contratto e impresa

réglementées à l'art. 952, droit de superficie et propriété superficière, les deux dans le cadre unitaire formé par l'idée d'un droit de construire sur le sol d'autrui et d'y maintenir la construction réalisée ou déjà existante, en requérant toujours un droit de superficie sur le sol pour justifier le droit de maintenir une construction sur le terrain d'autrui, avec la conséquence que, sauf exclusion dans le titre, le bénéficiaire du droit pourrait toujours reconstruire en cas de ruine ou de démolition⁴⁶. Certains essais du législateur italien d'investir sur les potentialités de la superficie, par exemple en matière de parkings (art. 9 de la loi n° 122 du 24 mars 1989), d'installations productives (art. 27 de la loi n° 865 du 22 octobre 1971) et de logements sociaux (art. 35 de la loi n° 865 du 22 octobre 1971), ont été fréquemment démentis par ses orientations plus récentes – souvent dictées par des préoccupations budgétaires – tendant à consentir et à encourager la possibilité pour le superficière à temps de devenir un propriétaire 'ordinaire' en acquérant du sujet public concerné la pleine propriété aussi du sol.

», 1998, pp. 428-432; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. I: *le categorie generali, le persone, la proprietà*, CEDAM, Padoue, 2004⁴, p. 544; R. PERATONER, *Della superficie*, in P. CENDON, *Commentario al codice civile. Artt. 952-1099: superficie - enfiteusi - usufrutto - uso e abitazione - servitù prediali*, Giuffrè, Milan, 2008, pp. 11-17; v. aussi G. PALERMO, *La superficie*, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, vol. VIII: *proprietà*, t. II, UTET, Turin, 2002, p. 20; *Cass. civ., sez. II, 13 febbraio 1993, n° 1844, Giurisprudenza italiana, 1994, I, I, 1852*; *Cass. civ., sez. II, 4 febbraio 2004, n° 2100*; *Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2004, n° 22032*; *Cass. civ., ss. uu., 30 luglio 2007, n° 16794*.

⁴⁶ V.G. PUGLIESE, *Della superficie*, in F. DE MARTINO *et al.*, *Libro terzo, della proprietà: art. 810-956* (« Comm. Scialoja-Branca »), Zanichelli, Bologne, Foro italiano, Rome, 1957², pp. 463-464; G. PESCATORE, R. ALBANO, *Della proprietà* (« Commentario del Codice civile »), t. I, UTET, Turin, 1968, p. 624, note 9; G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milan, 1990, pp. 1472-1473; M. BESSONE, M. DI PAOLO, *Superficie (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXX, Treccani, Rome, 1993, pp. 1-2; P. GALLO, *La superficie*, in P. GALLO, A. NATUCCI, *Beni, proprietà e diritti reali* (« Trattato di diritto privato, t. II, Giappichelli, Turin, 2001, pp. 6-8; C. TRINCHILLO, *Breve analisi dei rapporti tra diritto di superficie ed edificio in condominio. Il diritto di sopraelevazione previsto dall'art. 1127 c.c.*, in « Rivista del notariato », 2002, I, pp. 1134-1135; BARCA, MARVASI, *La superficie*, cit., pp. 288 ss.; M. MAGRI, E. SCHILANICK, *Diritto di superficie*, (« Diritto italiano »), CEDAM, Padoue, 2006, *passim*; G. GABRIELLI, *Diritto di superficie e pubblicità nei registri immobiliari e nei libri fondiari*, in « Vita notarile », 2008, pp. 83-85; R. CATERINA, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, (« Trattato di diritto civile »), Turin, UTET, 2009, pp. 197-201; v. aussi G. BALBI, *Il diritto di superficie*, Giappichelli, Turin, 1947; *Cass. civ., sez. II, 5 maggio 1958, n° 1467, Repertorio giustizia civile, 1958, 3257, Superficie, 3*; *Cass. civ., sez. II, 3 dicembre 1964, n° 2851, RFI, 1965, Trascrizione, 3083, 17*; *Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2006, n° 4258*.

5. Des équilibres variables entre droit de superficie et dissociation juridique de l'immeuble

Entre les modèles ici envisagés, des différences importantes se manifestent. Une comparaison détaillée du régime de la superficie est compliquée par la parcellisation diversifiée de ses manifestations en France, de sorte qu'il semble plus intéressant d'en sélectionner les aspects mieux témoignant la physionomie de l'institution dans chaque ordre juridique. En termes d'adaptabilité, on pourrait positionner la superficie belge, avec son élément de souplesse de la superficie-conséquence, entre celle française, la plus liquide, actuellement dépourvue d'un régime législatif, et celle italienne, la plus rigide, offrant peut-être aux parties à un contrat une meilleure sécurité juridique, mais dans le cadre de bornes beaucoup plus restreintes à leurs possibilités de régler conventionnellement les intérêts impliqués. Un regard aux sources du droit de superficie dans les trois modèles peut mieux en montrer les structures. Des différences importantes apparaissent déjà par rapport aux sources conventionnelles. Au-delà des contrats de cession de superficie à titre principal (vente, donation, division, échange, etc.) admis dans tous les systèmes envisagés – mais non pas, en Italie⁴⁷ et en Belgique, en la variante postmoderne de la cession de la pleine propriété d'un volume abstrait d'espace encore vide – des différences importantes se manifestent pour ce que les juristes belges, dans un modèle juridique où toute dérogation à la règle de l'accession immobilière est identifiée avec un droit de superficie⁴⁸, ont réussi à réabsorber dans leur système sous la forme de superficie-conséquence. En reconduisant même l'emphytéose à une forme de bail de longue durée, le juriste français contemple la plupart des situations de superficie-conséquence en droit privé comme des droits de superficie attribués au preneur d'un bail, de droit commun ou de droit spécial (c'est-à-dire des baux anomaux qui confèrent institution-

⁴⁷ Cass. civ., sez. II, 8 luglio 1960, n° 1831, MFI, 1960, 400; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1964, n° 155, MFI, 1964, 40; Cass. civ., 16 luglio 1969, n° 2622, MFI, 1969, 772; Cass. civ., sez. II, 19 dicembre 1975, n° 4192, MFI, 1975, 1001; Cass. civ., sez. II, 30 dicembre 1977, n° 5754, MFI, 1977, 1078; Cass. civ., sez. II, 20 giugno 1983, n° 4220, MFI, 1983, 878; Cass. civ., ss.uu., 4 maggio 1989, n° 2084; Cass. civ., sez. II, 7 dicembre 1994, n° 10498; Cass. civ., sez. II, 14 aprile 2004, n° 7051; Cass. civ., sez. II, 22 novembre 2004, n° 22032; Cass. civ., sez. II, 16 giugno 2005, n° 12880; Cass. civ., ss. uu., 30 luglio 2007, n° 16794. *Contra*: Cass. civ., sez. II, 11 luglio 1958, n° 2511, MFI, 1958, 506; Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 1975, n° 636, MFI, 1975, 149.

⁴⁸ *Cour de Cassation*, 19 mai 1988, *Pas.*, 1988, 1, p. 1142.

nellement une situation juridique de nature réelle), et, habitué à considérer la superficie comme une figure exceptionnelle, atypique et résiduelle dans le système des droits réels, admet facilement l'aptitude d'un bail à en être la source, comme déjà c'était le cas à l'aube des développements de cette institution en droit romain. Au contraire, bail et superficie ne parviennent pas à s'hybrider dans le modèle italien depuis 1942, leur rapport étant en général considéré d'alternative et non pas de collaboration⁴⁹.

Même hors du domaine conventionnel, des juristes français admettent des sources variées de la superficie: il semble qu'ils essayent de trouver ainsi une place à quelques situations atypiques difficiles à intégrer dans le système des droits réels mais dont la suppression mécontenterait la pratique du droit. *Nulla quaestio* pour l'usucapion⁵⁰, la loi, l'acte administratif et le testament, qui n'étonneraient point le juriste italien et son système du droit des biens en tant que sources du droit de superficie. Plus étranges lui sembleraient néanmoins, par exemple, comme des sources d'un droit de superficie, la renonciation unilatérale à l'accession de la part du propriétaire du sol, à bénéfice d'un tiers mais hors de toute convention avec celui-ci⁵¹, ou les usages⁵². En général, l'enlèvement à la superficie italienne, par sa codification en 1942 et sa cristallisation en tant que figure précise du système des droits réels, de sa fonction résiduelle de permettre des configurations variées de dissociation juridique de l'immeuble n'a pas

⁴⁹ BALBI, *Il diritto di superficie*, cit., pp. 143-144; PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 476; M. PARADISO, *L'accessione al suolo*, artt. 934-938 (« Il codice civile commentato »), Giuffrè, Milan, 1994, pp. 93-94.

⁵⁰ Les juristes italiens se partagent à ce propos surtout sur la possibilité de prescription acquisitive du droit réel de bâtir sur le terrain d'autrui avant la construction, sans usucapion de la propriété du sol. En France, il semble possible de prescrire un droit de superficie à titre principal, mais non pas un droit de superficie découlant de la situation de preneur d'un bail réel, requérant nécessairement un rapport contractuel.

⁵¹ LARCHER, *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, cit., p. 287; B. GRIMONPREZ, *Superficie*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2013, p. 12; *Cass. 3^e civ.*, 7 nov. 1978, *Bull. civ. III*, n° 335, par ailleurs contredisant l'orientation générale assez stricte du juge français en matière de preuve du droit de superficie; *contra*, LARROUMET, *Droit civil*, cit., p. 442, note 1. En droit belge, ouvrant à l'hypothèse que des circonstances de fait puissent démontrer la renonciation du propriétaire du sol à son droit d'accession, v. *Cass. 26 déc. 2014*, n° C.14.0121.N. En Italie, des actes unilatéraux attributifs d'un droit réel semblent envisageables seulement en tant que promesses au public (art. 1989 du *Codice civile*) et donations en vue d'un mariage (art. 785): cfr *Cass. civ.*, sez. II, 30 gennaio 2007, n° 1967.

⁵² G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JOURDAIN, *Les biens*, Dalloz, Paris, 1995, p. 237; B. GRIMONPREZ, *Superficie*, cit., p. 13.

probablement été perçue en ces termes par les juristes italiens, mais certains de leurs efforts semblent implicitement ciblés précisément à la récupération de ce rôle perdu. Seulement quelques auteurs, plus hardis, évoquent une véritable propriété superficière de l'emphytéote, de l'usufruitaire ou du preneur à bail sur les constructions réalisées par celui-ci⁵³. D'autres se servent de la formulation plus large de l'art. 934 du *Codice civile* (admettant que tout titre contraire peut écarter la règle de l'accession) par rapport à la définition plus stricte du droit de superficie de l'art. 952, pour admettre l'existence, au moins marginale dans le système, de titres aptes à déroger à l'accession ultérieurs et différents du droit de superficie, qui ainsi échappent à ses limites, en présence d'un bail, d'un usufruit, d'une emphytéose, d'une servitude, d'une concession administrative, etc.⁵⁴. Encore, ladite théorie tripartite de la superficie essaye de récupérer des situations atypiques de dissociation de l'immeuble dans la catégorie de la propriété séparée dépourvue d'un droit de superficie sur le sol, notamment en la présence sur le sol d'un autre droit réel ou d'un bail du propriétaire séparé. Toutefois, la majorité de la doctrine n'a pas rejoint cette théorie, à laquelle on peut reprocher une certaine artificialité – peu adhérente à la formule adoptée par le législateur et multipliant ses figures d'une manière douteuse – ainsi que son manque d'efficience, impliquant des augmentations possibles des coûts de transaction par rapport à la théorie bipartite⁵⁵. En outre, au cas où la propriété séparée est attribuée à titre principal, à ces critiques à la théorie tripartite s'ajoute celle de la précarité et de l'incertitude dommageable de la situation du propriétaire séparé, qui ne peut pas reconstruire suite à la ruine ou à la démolition du bâtiment et

⁵³ A. CARROZZA, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, vol. I, Giuffrè, Milan, 1965, pp. 304-309; v. aussi BARCA, MARVASI, *La superficie*, cit., pp. 266 ss.

⁵⁴ Cfr BALBI, *Il diritto di superficie*, cit., pp. 70 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 560-561, p. 532; A. GUARNERI, *Superficie e nuovi diritti connessi* (« Trattato dei diritti reali »), vol. II, *Diritti reali parziari*, Giuffrè, Milan, 2011, pp. 5 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Il diritto di superficie e la proprietà superficiaria*, in « I quaderni della fondazione del notariato », 2015, p. 61; *Cass. civ., sez. II*, 26 marzo 1969, n° 974, *MFI*, 1969, 287; *Cass. civ., sez. I*, 25 novembre 1970, n° 2516, *MFI*, 1970, 763; *Cass. civ., sez. II*, 10 luglio 1985, n° 4111, *MFI*, 1985, 764; *Cass. civ., sez. II*, 21 febbraio 2005, n° 3440; *Cass. civ., ss. uu.*, 16 febbraio 2018, n° 3873. *Contra*, en identifiant avec l'attribution d'un droit de superficie toute dérogation à la règle de l'accession immobilière, LUCCHI, *Del diritto di superficie, della proprietà del sottosuolo*, cit., p. 103; PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 455; PARADISO, *L'accessione al suolo, artt. 934-938*, cit., pp. 88 ss.; BARCA, MARVASI, *La superficie*, cit., pp. 292-293, p. 404.

⁵⁵ U. MATTEI, *La proprietà* (« Tratt. dir. civ.: i diritti reali »), II, UTET, Turin, 2015, pp. 296-297.

dont la durée de la situation juridique peut par conséquent être faite dépendre du fait de la ruine. En effet, malgré l'adhésion des dernières années de la jurisprudence à ce point de vue, à la différence de la superficie-conséquence belge cette théorie n'a pas été capable, au moins jusqu'à aujourd'hui, de fournir aux acteurs de la vie économique un cadre théorique reconnu, simple et solide, capable de garantir une circulation juridique paisible de cette propriété séparée.

En définitive, les variations du régime du droit de superficie entre France, Belgique et Italie différencient le rapport entre droit de superficie et dissociation juridique de l'immeuble. En France le droit de superficie, souvent utilisé dans des opérations ayant un intérêt général de valorisation de la propriété publique ou de réalisation de politiques sociales d'accès au logement, recouvre plus largement le spectre des demandes sociales de dissocier les titres d'appartenance sur une construction, tandis qu'en Italie, avec la superficie canalisée dans les bornes propres à la réglementation explicite du Code civil, une plus large partie de ce spectre est couverte autrement ou pourrait n'être pas adéquatement couverte, en contribuant peut-être à l'échec actuel des politiques du logement⁵⁶. Le modèle belge, par sa théorie de la superficie-conséquence, se trouve au milieu.

6. Conclusion

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 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, la superficie 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 découlant du rôle tournant et fluide de cette institution juridique n'a pas totalement disparu et demeure dans les amples débats sur son encadrement et

⁵⁶ Cfr. A. VERCELLONE, *Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, t. I, Giuffrè, Milan, 2017, pp. 917 ss.

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 immeubles⁵⁷. En France l'adoption de l'une ou de l'autre perspective, dans un cadre juridique très flexible, est souvent choisie en fonction du montage juridique concrètement envisagé (bail attributif d'un droit réel, division de la propriété en volumes, etc.), tandis qu'en Italie et en Belgique l'intervention du législateur semble avoir figé le point d'équilibre entre ces deux lectures possibles, en accentuant l'aspect de droit réel sur le sol d'autrui.

On a déjà maintes fois évoqué dans cet essai la descendance, en général, de la figure du droit de superficie d'une approche juridique plus générale tournée dynamiquement à l'exaltation du travail humain et de la production en matière de situations d'appartenance, qui s'oppose depuis des millénaires d'expérience juridique au principe statique de l'accession, qui veut la propriété de l'œuvre ou de la plantation acquise par un rapport de subordination abstraite au sol, bien immobilier par excellence. Une doctrine italienne prestigieuse a pendant le XX siècle attiré l'attention sur un « principe juridique du travail »⁵⁸, caractérisant la conception germanique de la propriété – calquée sur l'effectivité productive des situations possessoires – et souvent dans l'histoire du droit renaissant de ses cendres après toute défaite face à l'idée d'une propriété unitaire, absolue, exclusive, perpétuelle. Dans des ordres juridiques qui accueillent en tant que corollaire de cette dernière idée de propriété le principe de l'accession, le principe juridique de la propriété acquise par le travail ne peut subsister que sous la forme discrète de dérogation et d'exception à la règle triomphante de l'accession: tel est le droit de superficie, qui, même si lui aussi était né dans le modèle juridique romain, a servi de forme juridique pour permettre une récupération d'éléments du modèle germanique de valorisation du travail en tant que moyen d'acquisition de la propriété, lorsque celui-ci était conforme au sentiment social et aux nécessités concrètes des acteurs économique-juri-

⁵⁷ MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble: contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse Toulouse, 1976, pp. 3 ss.; cfr DROSS, *Droit des biens*, cit., p. 299.

⁵⁸ V. SIMONCELLI, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in V. SIMONCELLI, *Scritti giuridici*, t. I, Foro italiano, Rome, 1938, pp. 314 ss.; BARCA, MARVASI, *La superficie*, cit., pp. 106-107.

diques, en trouvant son propre chemin même en opposition aux normes abstraites telles que codifiées⁵⁹. Il est précisément dans une telle perspective que l'on peut regarder aux développements contemporains du droit de superficie, dans une phase d'éclatement des règles d'appartenance cristallisées par les codifications bourgeoises, alors que même le sommeil de la réglementation des immeubles est désormais plutôt un préjugé d'immobilité qu'une réalité effective, cette branche du droit aussi se trouvant à devoir régir, selon des critères de justice, d'efficacité et de certitude, des réalités socio-économiques qui sont en train de changer d'une manière rapide et radicale. Le droit de superficie a deux atouts à jouer, qui peuvent en faire une institution précieuse pour tout essai de renouvellement du droit des biens: sa fonction technique de permettre par une dissociation juridique de l'immeuble des montages immobiliers complexes tels qu'ils sont de plus en plus nécessaires dans des villes et des métropoles très développées dans la troisième dimension, de sorte que la vision de l'espace en tant qu'accessoire du sol apparaît désormais archaïque; sa fonction économique-sociale d'instrument potentiel de solidarité du droit, découlant de son histoire troublée, qui en fait notamment un outil bien adaptable à plusieurs opérations possibles dans le cadre de politiques sociales en matière de logement. La multiplication d'utilisations en France – par le législateur ou par la pratique supportée par la jurisprudence – du droit de superficie pendant les dernières décennies, jusqu'à pousser une partie de la doctrine à proposer d'en séparer conceptuellement les différentes manifestations dans un effort enfin de transposition de cette institution en droit positif, et la redécouverte des potentialités de la superficie en Belgique – par la pratique et par la doctrine et prochainement peut-être aussi par le législateur pour contourner certaines résistances de la jurisprudence – appellent aussi les juristes italiens à réfléchir, *de iure condito* et *de iure condendo*, sur l'opportunité d'une plus profonde valorisation de cette institution. D'autant plus étant donné que la Constitution italienne valorise spécialement les idées d'un principe juridique de la prééminence du travail et d'une fonction sociale de la propriété dans une perspective de solidarité sociale, tandis que le *Codice civile*, réalisé avant la Constitution, n'a encore complètement

⁵⁹ Cfr E. BASSANELLI, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, in *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario*, II, Giuffrè, Milan, 1954, pp. 605-606.

absorbé les valeurs suprêmes que ce texte pose au sommet de l'ordre juridique; mise en valeur d'une manière adéquate, la superficie pourrait précisément contribuer à un effort de constitutionnalisation du droit des biens italien tel que plusieurs auteurs le souhaitent⁶⁰, ainsi qu'à une relance des politiques publiques du logement.

⁶⁰ V., parmi les contributions de la doctrine, S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1960, pp. 1252 ss.; S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milan, 1964, pp. 274 ss.; C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà* («Il codice civile commentato»), Giuffrè, Milan, 1994; MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2013, pp. 551 ss.
