

## TITRE VI.

### DU DROIT DE SUPERFICIE (1).

#### CHAPITRE PREMIER.

##### NOTIONS GÉNÉRALES.

###### § 1<sup>er</sup>. Définition.

**409.** La loi du 10 janvier 1824 définit le droit de superficie en ces termes : « Le droit de superficie est un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. » Quelle est la nature de ce droit? Notre loi l'appelle un droit réel, ce qui implique que c'est un simple démembrement de la propriété. Il est certain que le superficiaire n'a aucun droit de propriété dans le sol, puisque la loi dit formellement que le fonds appartient à autrui. Mais la loi ne s'explique pas sur la nature du droit que le superficiaire a dans les bâtiments, ouvrages ou plantations : est-ce un droit de propriété, ou n'est-ce qu'un démembrement de la propriété? La question est controversée, et en droit romain et en droit moderne.

(1) Proudhon, *Traité des droits d'usage, servitudes réelles et du droit de superficie*, édition de Curasson, 2 vol. Paris, 1848. Donelli *Commentarii de jure civili*, lib. IX, cap. 16 et 17 (t. V de l'édition allemande de 1822, p. 393). Les sources romaines sont indiquées dans Weiske, *Rechtlexikon*, au mot *Superficies*, t. X. p. 195, note 1.

Nous nous étonnons que les interprètes du droit romain soient en désaccord sur une question qui ne devrait pas même être agitée. Les Allemands, grands amateurs de théories, en construisent par amour de l'art; ils oublient que notre science est une face de la vie, et la vie réelle est pratique avant tout. Il y a des auteurs qui ont trouvé bon de ressusciter la distinction du domaine direct et du domaine utile, en reconnaissant au superficiaire le domaine utile des constructions et des plantations (1). Nous renvoyons ces amateurs de nouveautés au président Favre; le rude magistrat se fâche contre les légistes féodaux qui revendiquaient le domaine utile au profit du superficiaire; il dit et répète que non-seulement le superficiaire n'a pas la propriété des bâtiments et des plantations, mais qu'il ne peut pas l'avoir (2). Doneau démontre cette proposition jusqu'à la dernière évidence. La nature des choses, dit-il, s'oppose à ces prétentions. Est-ce que l'on conçoit un bâtiment sans sol? et conçoit-on davantage que celui qui serait propriétaire d'une maison ne le soit aussi du sol avec lequel elle ne fait qu'un? Et que nous dit le droit? Que tout bâtiment est l'accessoire du sol, que par suite le propriétaire du sol est propriétaire du bâtiment, alors même qu'il aurait été construit par un tiers possesseur de bonne foi. On dirait que les jurisconsultes romains ont voulu prévenir jusqu'à la possibilité d'une controverse; car ils décident en toutes lettres que les bâtiments qui font l'objet d'un droit de superficie appartiennent au maître du sol. Il est si vrai qu'il n'en peut être autrement, comme le disait Favre, que si l'on convenait que le sol appartiendrait à une personne sans la superficie ou la superficie sans le sol, cette convention serait nulle. Ici on nous arrêtera et on dira que Doneau prouve trop, car il résulte de ce qu'il dit que personne ne peut avoir de maison sur le sol d'autrui, et c'est cependant là l'objet du droit de superficie. Doneau répond à l'objection : d'après le droit strict, en effet, cela

(1) Duroi, *Archiv für civilistische Praxis*, t. VI, p. 386 et suiv. Comparez Büchel, *Civilrechtliche Erörterungen*, I, 3, p. 156 et suiv.

(2) Faber, *De erroribus pagmaticorum*, decad. 64, error 2; *Conjecturarum*, lib. XIX, cap. 13, n° 6.

ne serait pas possible ; aussi le prêteur a-t-il dû intervenir et donner une action utile au superficiaire (1). C'est dire qu'en définitive le droit de superficie repose sur une fiction.

**410.** Fiction ou non, dira-t-on, c'est une question de mots. Que le superficiaire ait une action utile ou une action directe, qu'importe ? Il a une action utile, donc il est propriétaire. Notre droit moderne ignore les fictions et les subtilités du droit prétorien. C'est le fond des choses qu'il faut voir, d'après notre législation ; or, le superficiaire peut être propriétaire de la superficie sans l'être du sol, et la loi de 1824 consacre cette doctrine. Il est vrai que le code Napoléon admet la séparation entre la superficie et le fonds, que le droit romain et les vrais principes déclarent impossible. L'article 553 dit qu'un tiers, non propriétaire du sol, peut acquérir, par titre ou par prescription, la propriété de tout ou partie du bâtiment d'autrui. Et d'après l'article 664, les différents étages d'une maison peuvent appartenir à divers propriétaires, le sol étant commun. Ce n'est pas là le véritable droit de superficie, mais du moins la séparation entre le sol et la superficie est consacrée par la loi. C'est ce qui explique comment, sous l'empire du code, un excellent jurisconsulte a pu soutenir que le superficiaire est propriétaire non-seulement de la superficie, mais encore en un certain sens du sol, bien que le sol soit propriété d'autrui. Proudhon enseigne que la superficie ne consiste pas dans un droit incorporel, comme les servitudes, qu'elle est un immeuble réel et physique, qu'elle comporte une dominité qui s'applique à des objets matériels, sans être bornée à la faculté d'user ou de jouir. Il en est de la maison superficiaire comme d'une maison dont le rez-de-chaussée est attribué à l'un et l'étage à l'autre : l'étage est une propriété physique et matérielle pour celui à qui il appartient : de même la maison que je possède superficiairement sur le sol d'autrui est une propriété physique et matérielle. Voilà pourquoi on donnait jadis le nom de *domanier* au superficiaire ; la superficie

(1) Donelli *Comment.*, IX, 6 (t. V, 16, p. 395).

est donc une vraie propriété foncière comme tout autre héritage. Proudhon est trop bon jurisconsulte pour ne pas avouer que la séparation du sol et de la superficie est loin d'être conforme à l'ordre naturel des choses, suivant lequel la superficie doit céder au sol. Si la loi l'admet, c'est qu'elle n'a rien de contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs ; le législateur lui donne force comme à toute autre convention portant sur des intérêts ou des choses qui sont à la libre disposition de l'homme. Il est si vrai que cette séparation, légalement possible, est juridiquement impossible, que Proudhon est obligé de reconnaître au superficiaire une participation à la propriété du sol même. En effet, dit-il, le bâtiment consiste en deux choses, d'après les lois romaines, il se compose du sol et de la superficie ; sans le sol, la superficie ne pourrait exister, ni même être conçue en idée. Proudhon conclut en disant que le superficiaire est associé dans la dominité du fonds (1).

Toute cette théorie est bâtie en l'air. Nous ne nions pas que la séparation de la superficie et du sol soit légalement possible, puisqu'il y a des textes du code qui l'admettent. Mais la question est de savoir si le superficiaire est réellement propriétaire de la superficie et associé à la propriété du sol. Or, en France, il n'y a pas de loi sur la matière ; le code ne prononce pas le nom de droit de superficie. Si donc ce droit existe, il doit être régi par les lois romaines, les seules qui l'aient réglementé. Il suit de là que Proudhon raisonne à faux quand il prend appui sur le code civil pour déterminer les caractères d'un droit que le code civil ignore. Il devait uniquement argumenter d'après le texte des Pandectes. Sur ce terrain, la doctrine de Proudhon doit être répudiée sans doute aucun : c'est une vraie hérésie juridique. En effet, il déclare possible une séparation entre la superficie et le fonds, tandis que le droit romain la déclare impossible. Il donne au superficiaire une part dans la propriété du sol, chose à laquelle jamais un juris-

(1) Proudhon et Curasson, *Traité des droits d'usage*, t. 1<sup>er</sup>, p. 390, n° 373, p. 385, n° 363. Voyez, dans le même sens, un arrêt de Besançon du 12 décembre 1864 (Daloz, 1865, 2, 1).

consulte romain n'a songé. C'est la reproduction de la vieille théorie du domaine utile que dans l'ancien droit on reconnaissait au superficiaire. Cette distinction est inconnue au droit romain ; nous renvoyons à Doneau, dont nous avons exposé la doctrine (n° 344).

411. En Belgique, nous avons une loi, et c'est cette loi qui doit décider la question. Elle est très-controversée parmi les jurisconsultes hollandais (1) ; on ne cite aucun monument de jurisprudence, preuve que la controverse n'a pas dépassé les limites de l'école, mais comme elle touche à un principe fondamental de la loi, nous devons y insister. On a prétendu que la difficulté est tranchée par le texte : aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1824, le droit de superficie consiste à *avoir* des bâtiments sur un fonds appartenant à autrui. Ce mot *avoir* indique la possession et la propriété ; si le possesseur a une maison sur le fonds d'autrui, c'est qu'il la possède, qu'il en est propriétaire. L'argument est très-faible ; on peut posséder à divers titres ; ceux qui ont un droit réel dans un immeuble ont la possession et la propriété de ce droit, ils ne sont cependant pas propriétaires de la chose dans laquelle ils l'exercent. Le superficiaire peut donc *avoir* des bâtiments sur le sol d'autrui, et exercer presque tous les droits du propriétaire sans avoir la propriété des bâtiments. Dans le projet de 1820, la question paraissait décidée ; après le mot *avoir*, le projet ajoutait : « et posséder comme propriété (2). » Cette partie de l'article a été retranchée. Elle pouvait faire croire que le nouveau code consacrait la vieille théorie du domaine utile. Cela prouve en tout cas que le mot *avoir*, par lui seul, n'a pas la portée qu'on lui donne ; c'est une expression générale qui s'applique aux démembrements de la propriété aussi bien qu'à la propriété.

L'article 6 de la loi fournit un argument plus spécieux. Il porte qu'à l'expiration du droit de superficie, la *propriété* des bâtiments *passé* au propriétaire du fonds. Il s'opère

(1) Nous empruntons les éléments de cette controverse à Opzomer, *Het burgerlijk wetboek*, 1850, 3 vol.

(2) « *En als eigendom te bezitten.* » C'est l'opinion de M. de Pinto (Opzomer, t. II, p. 109 et suiv.).

donc, dit-on, une transmission de propriété à ce moment ; or pour qu'elle puisse passer de la tête du superficiaire sur celle du propriétaire, il faut que le superficiaire ait le bâtiment dans son domaine, car il ne peut transmettre à d'autres des droits qu'il n'a pas lui-même (1). Faut-il recourir à la fiction du domaine utile pour expliquer cette expression (2) ? Il est possible que cette théorie surannée ait eu quelque influence sur les auteurs de la loi belge ; toutefois le texte n'en porte aucune autre trace, et ce qui lui ôte tout crédit, c'est que dans l'ancien droit De Groot enseignait la pure doctrine romaine ; il niait formellement que le superficiaire eût la pleine, la vraie propriété de la chose grevée du droit de superficie, personne ne pouvant être propriétaire d'un bâtiment quand il n'est pas propriétaire du sol dans lequel le bâtiment est incorporé, avec lequel il ne fait qu'un. Qu'était-ce donc que le droit du superficiaire d'après De Groot ? Le droit de construire sur le fonds d'autrui, de garder les constructions et d'en jouir. C'est un quasi-domaine, disait Doneau. Le législateur belge donne le nom de propriété à ce droit tel quel qui lors de l'extinction de la superficie passe au propriétaire du sol (3). Nous allons le prouver par le texte même de la loi.

L'article 6 suppose que les constructions ont été élevées par le superficiaire. Si, lors de la formation du contrat, il se trouvait déjà des bâtiments sur le fonds, ils sont à ce moment la propriété incontestable de celui à qui appartient le sol. Vont-ils devenir la propriété du superficiaire ? Dans l'opinion que nous combattons, il faudrait répondre affirmativement. En effet, il n'y a pas deux droits de superficie, l'un portant sur des bâtiments à construire, l'autre établi sur des bâtiments déjà construits ; le droit du superficiaire est un, le même dans les deux hypothèses. Eh bien, que dit l'article 7 qui prévoit le cas où des bâtiments existent déjà sur le fonds ? Le propriétaire du fonds les *reprendra* à l'expiration du droit ; ils n'ont donc jamais cessé de lui

(1) Lipman, *Introduction au titre de la Superficie* (Opzomer, t. II, p. 108).

(2) C'est l'opinion de M. Opzomer, t. II, p. 108 et note 2.

(3) De Groot, *Inleiding op de hollandsche rechtsgeleerdheid*, II, 46, 9.

appartenir. La loi suppose, à la vérité, que le superficiaire, qu'elle appelle l'*acquéreur*, n'a pas payé la valeur des constructions; mais cette circonstance est étrangère à notre débat; si la loi en fait mention, c'est pour en conclure que, lors de l'expiration de son droit, le superficiaire ne peut réclamer aucune indemnité, tandis qu'il a droit à une indemnité s'il a payé les travaux au moment où il entre en jouissance.

Il y a dans la loi belge une autre disposition qui paraît donner raison à ceux qui disent que le superficiaire a la propriété des bâtiments: il peut les démolir, dit l'article 5, si c'est lui qui les a construits, ou s'il en a payé la valeur. Conçoit-on que celui qui n'est pas propriétaire d'une chose la puisse démolir? On répond que s'il avait réellement la propriété des bâtiments, il eût été inutile de dire qu'il les peut démolir, ce droit appartenant à tout propriétaire. Il ne faut pas confondre les facultés attachées au droit de propriété avec le droit d'où elles découlent; on peut détacher, démembrement toutes ces facultés, et conserver néanmoins le domaine de la chose. Il en est ainsi dans l'emphytéose. L'emphytéote peut exercer tous les droits attachés à la propriété du fonds, il n'est cependant pas propriétaire. Il en est de même du superficiaire. Il peut démolir, non parce qu'il est propriétaire, mais quoiqu'il ne le soit pas (1).

## § II. Caractères de la superficie.

**412.** Doneau dit qu'il y a trois choses essentielles dans la superficie. Il faut d'abord que le sol sur lequel se trouvent des bâtiments appartienne à autrui; en effet, la superficie implique que le superficiaire n'a pas la propriété du sol. Le droit romain ignore la prétendue participation à la propriété du sol imaginée par Proudhon; et la loi belge l'ignore également: la définition porte que le superficiaire a le droit d'avoir des bâtiments sur un fonds appartenant à autrui. Il y a un second élément essentiel que le

(1) C'est l'opinion d'Opzomer, t. II, p. 110.

nom même du droit indique: une superficie. On entend par là une construction distincte du sol. Quand un bâtiment est considéré comme partie du sol, ce n'est plus une superficie, c'est la propriété absolue du sol qui emporte celle du dessus et celle du dessous. Aussi dans la pureté du langage juridique ne dit-on pas que le superficiaire a un droit sur des bâtiments, on dit qu'il a un droit sur une *superficie* ou sur des *bâtiments superficiaires*, afin de marquer que le droit ne porte pas sur les bâtiments mêmes, lesquels ne se conçoivent pas sans le sol, qu'il n'a pour objet que les constructions considérées superficiairement, en faisant abstraction du sol. Notre loi, moins correcte, se sert du mot *bâtiments*; on doit l'entendre dans le sens que nous venons d'expliquer d'après Doneau: cela ne fait aucun doute. Enfin, il faut que le superficiaire *ait* ces bâtiments: c'est aussi l'expression de la loi belge; elle signifie, non que le superficiaire est propriétaire, mais qu'il peut user de la chose comme si elle lui appartenait. Il a donc les droits du propriétaire sans être propriétaire (1).

**413.** Doneau ne dit pas que le superficiaire doit payer au propriétaire une redevance en reconnaissance de son droit de propriété (2). La loi belge, qui établit cette condition pour l'emphytéose, ne la reproduit pas dans la définition du droit de superficie. C'est une différence entre ces deux droits qui ont une analogie telle, qu'il y a des jurisconsultes qui les confondent; ils semblent croire qu'il n'y a qu'une différence de dénomination, en ce sens que le droit d'emphytéose constitué sur un bâtiment prend le nom de droit de superficie (3). Quelque grande que soit l'analogie, il y a des différences et elles sont essentielles. Nous venons d'en signaler une, dont il est assez difficile de se rendre raison. L'emphytéote doit un canon pour constater qu'il est possesseur précaire à l'égard du propriétaire. Or, la même raison existe pour le superficiaire. Cela est si vrai que Doneau conseille de faire le contrat sous forme de

(1) Donelli *Commentarii*, IX, 16, 2 5 (t. V, p. 394 et suiv.).

(2) Donelli *Commentarii*, IX, 16, 7.

(3) Durantou, t. IV, p. 67, § II: *De l'Emphytéose et du droit de superficie considérés comme droits immobiliers.*