

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.*

bail, afin que la redevance annuelle soit une reconnaissance des droits du propriétaire du sol. Si l'on admet que le droit de superficie peut être établi à titre gratuit, c'est que pour la donation il faut un acte; or, dès qu'il y a un écrit, les droits du propriétaire sont sauvegardés, puisque le nom même du droit qui est donné implique que le donateur reste propriétaire.

Doneau constate une autre différence. L'emphytéose établie sur un bâtiment porte sur le fonds, puisque le bâtiment ne se conçoit pas sans le sol avec lequel il fait corps. Tandis que le droit de superficie ne porte pas sur le fonds; il n'a pour objet que la superficie. Il ne faut pas croire que la différence soit nominale. Tant que les bâtiments subsisteront, les droits du superficiaire et de l'emphytéote seront les mêmes quant à la jouissance. Mais si le bâtiment est détruit par un cas fortuit, le droit du superficiaire s'éteindra, car il n'y a plus de superficie. Le droit de l'emphytéote, au contraire, subsistera, puisqu'il grève le fonds (1).

D'après la loi belge, il y a encore une différence quant à la durée du droit. Nous y reviendrons plus loin.

414. Il y a une grande analogie entre l'usufruit et le droit de superficie. Proudhon dit que le superficiaire et l'usufruitier jouissent l'un et l'autre d'un sol qui ne leur appartient pas; l'expression n'est pas tout à fait exacte, l'usufruitier a un droit dans le sol, l'emphytéote n'a qu'un droit dans la superficie, mais tous les deux ont un droit réel dans le fonds d'autrui, droit qui leur donne la jouissance des bâtiments qui s'y trouvent; ce droit s'exerçant dans une chose immobilière est placé par la loi parmi les immeubles, et peut par suite être hypothéqué. L'un et l'autre ont les actions réelles et possessoires.

Proudhon ajoute que l'usufruit n'est qu'une servitude personnelle, qui s'éteint avec la mort de l'usufruitier, tandis que le droit de superficie est un droit de propriété transmissible aux héritiers du superficiaire. Le droit de superficie se transmet, il est vrai, aux héritiers, mais ce n'est

(1) Donelli *Commentarii*, IX, 16, 1 (t. V, p. 393).

pas à titre de propriété. Tous les droits réels sont transmissibles par voie d'hérédité, ils ne sont cependant que des démembrements de la propriété. Il en est de même du droit de superficie (1).

Il y a une différence considérable entre les deux droits quant à l'étendue de la jouissance qu'ils donnent à l'usufruitier et au superficiaire. Le premier doit conserver la substance de la chose, par suite il est tenu de jouir en bon père de famille. Proudhon dit que le superficiaire, possédant sa propriété en maître, n'est tenu ni de réparer ni d'entretenir, et que c'est pour cette raison qu'il ne doit pas fournir caution (2). Cela est vrai en un certain sens, mais cela manque de précision. Nous verrons en quel sens le superficiaire a le droit d'abuser en détruisant la chose; ce droit n'est pas absolu. En tout cas il n'y a aucun rapport entre les droits du superficiaire et l'obligation de donner caution. L'emphytéote n'est pas obligé de donner caution; néanmoins il est tenu des réparations, et il doit jouir en bon père de famille.

Il y a aussi une différence entre le droit du superficiaire et celui de l'usufruitier en ce qui concerne la durée du droit et les causes d'extinction qui en résultent. Nous y reviendrons.

CHAPITRE II.

COMMENT LE DROIT DE SUPERFICIE S'ÉTABLIT.

415. Qui peut constituer le droit de superficie? Le propriétaire seul, car c'est un démembrement de la propriété, donc une aliénation partielle. Il doit aussi avoir capacité d'aliéner, par la même raison. Il y a sous ce rapport une analogie complète entre le droit de superficie et l'emphytéose; il faut donc appliquer ce que nous avons dit plus

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I^{er}, p. 142, n° 117.

(2) Proudhon et Curasson, *Des droits d'usage*, t. I^{er}, p. 396, n° 383.