

demande si l'hypothèque portera sur la superficie. Il est certain que le propriétaire ne peut pas hypothéquer la superficie séparément du fonds; cela ne se comprend même pas, puisque la superficie séparée du fonds est meuble, et l'on n'hypothèque pas les choses mobilières. Mais on ne conçoit pas davantage que le propriétaire hypothèque le fonds sans la superficie, puisque le fonds et la superficie se confondent. Il faut toujours faire la réserve des droits du superficiaire. Celui-ci a le droit de démolir les constructions qu'il a faites ou qu'il a payées; il conserve ce droit sans que le créancier hypothécaire puisse se plaindre qu'on diminue son droit, car il n'a reçu d'hypothèque que sur une propriété démembrée. Il résulte de là que l'héritage grevé de superficie peut être hypothéqué et par le propriétaire et par le superficiaire. Cela n'est-il pas contradictoire? Non; il en est de même quand un fonds est grevé d'usufruit ou d'emphytéose. A vrai dire, ce n'est pas l'héritage qui est hypothéqué par deux personnes pour le tout, cela ne se concevrait pas: le propriétaire hypothèque un fonds démembré, c'est-à-dire que le créancier hypothécaire n'aura pas de droit sur ce démembrement; donc rien n'empêche le superficiaire d'hypothéquer ce même démembrement (1).

Le propriétaire a aussi les actions réelles; en droit romain, on les appelle directes. Il est à regretter que notre langage juridique n'ait pas conservé cette expression; elle marque bien que le superficiaire, quoiqu'il jouisse de tout l'émolument de la chose, n'en a cependant pas la véritable propriété. Mais si nos lois n'ont plus la rigueur du droit romain, les principes néanmoins sont les mêmes (2).

428. Le propriétaire a aussi un droit de jouissance. D'ordinaire le droit de superficie est établi sous forme de bail. Le propriétaire touche donc une redevance annuelle qui ne diffère du loyer que par le nom: en droit romain, on l'appelait *solarium*; en droit moderne, elle ne porte pas de nom spécial, pas plus que celle de l'emphytéote. Il a un

(1) Comparez Opzomer, *Het burgerlijk wetboek*, t. II, p. 112.

(2) Donelli *Commentarii*, IX, 17, 10 (t. V, p. 409).

droit exclusif aux mines; le superficiaire n'ayant droit qu'à la superficie, ne peut rien réclamer de ce qui se trouve dans le sol. C'est par cette distinction que doit se décider la question du trésor, que l'on agite à chaque occasion comme si le monde était rempli de trésors. Si le trésor se trouve dans la superficie, le superficiaire peut réclamer la part qui est attribuée à la propriété; car il faut appliquer au superficiaire ce que la loi belge dit de l'emphytéote, c'est qu'il exerce tous les droits attachés à la propriété de la superficie (n° 377). Mais si le trésor est découvert dans le fonds, il appartient au propriétaire. Cela ne nous paraît pas douteux.

429. La loi garde le silence sur les obligations et les charges du propriétaire. Est-ce à dire qu'il n'en ait aucune? Quand le droit de superficie est établi à titre onéreux, et en fait il en est toujours ainsi, le propriétaire doit garantir au superficiaire contre les troubles et évictions. C'est le droit commun; il faut l'appliquer à la superficie, comme nous l'avons appliqué à l'emphytéose. Il y a aussi certaines charges dont l'emphytéote est tenu, malgré le silence de la loi, et, par identité de raison, le superficiaire. On doit donc appliquer ici ce que nous avons dit en traitant de l'emphytéose (nos 394 et 395).

CHAPITRE V.

EXTINCTION DU DROIT DE SUPERFICIE.

430. Le droit de superficie est un droit temporaire. Il ne peut être établi pour un terme excédant cinquante années, d'après l'article 4 de la loi belge. Il s'éteint donc, de même que l'usufruit (art. 617), par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé (1). Comme le plus souvent il

(1) Donelli *Commentarii*, IX, 18, 3.

est constitué par acte de bail, la question naît de savoir si à l'expiration du bail il y a lieu à la tacite réconduction. La loi prévoit la difficulté pour le bail emphytéotique; elle décide que l'emphytéose ne se renouvelle pas tacitement, mais qu'elle continue d'exister jusqu'à révocation. A raison de la grande analogie qui existe entre le droit de superficie et l'emphytéose, on peut appliquer, nous semble-t-il, cette disposition au bail superficiaire. La tacite réconduction n'est pas dans l'esprit de la loi quand la durée du contrat dépasse et de beaucoup la vie moyenne de l'homme; le texte même la repousse. En effet, l'article 2 de la loi de 1824, après avoir dit que le droit ne peut excéder cinquante ans, ajoute : « sauf la faculté de le renouveler. » Il faut donc qu'il soit renouvelé, si telle est la volonté des parties, ce qui implique qu'elles doivent faire une nouvelle convention, semblable à la première, c'est-à-dire expresse. Quant à la prolongation du bail jusqu'à révocation, elle est de droit, en ce sens qu'il faut bien appliquer à la jouissance de fait qui se continue une règle quelconque, et cette règle est naturellement celle du bail primitif.

431. Aux termes de la loi belge (art. 19, n° 2), le droit de superficie s'éteint par la destruction du fonds. La loi entend-elle par *fonds* la *superficie* ou le *sol* sur lequel les bâtiments existent? Comme le superficiaire n'a aucun droit dans le fonds, il est plus naturel d'appliquer la loi à la chose dans laquelle son droit s'exerce, c'est-à-dire aux constructions. C'est la doctrine de Doneau; il l'expose avec l'admirable rigueur qui le caractérise (1). Nous allons d'abord l'entendre, puis nous écouterons les objections. Le superficiaire n'a qu'un droit dans la superficie; il faut donc lui appliquer *a fortiori* ce que le code, d'accord avec le droit romain, dit de l'usufruit : « S'il n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux. » Cela est bien plus vrai du droit de superficie que de l'usufruit, car l'usufruitier a un droit dans le sol, tandis que le

(1) Donelli *Commentarii*, IX, 18, 4-8 (t. V, p. 412 et suiv.).

superficiaire n'y a aucun droit. Donc la superficie périssant, le droit du superficiaire périt.

Il suit de là que le droit de superficie ne revit point, alors même que le propriétaire reconstruirait le bâtiment, de même que l'usufruit reste éteint quoique le bâtiment soit reconstruit. A quel titre le superficiaire réclamerait-il la jouissance du nouveau bâtiment? En vertu de son droit sur le sol? Il n'en a point. En vertu de son droit sur la superficie? Cette superficie n'existe plus. Doneau va plus loin. Il suppose que le superficiaire ait élevé le premier bâtiment et qu'il veuille reconstruire; il lui dénie néanmoins tout droit de jouissance sur la superficie nouvelle. En quoi consiste son droit? A bâtir sur le fonds. Il a bâti, dès lors son droit est consommé, et si le bâtiment périt, son droit périt également. Que l'on n'objecte pas que le superficiaire a loué le sol, et que le sol reste après la destruction des bâtiments. Doneau répond que le superficiaire ne loue pas le sol comme tel, car il n'a aucun droit dans le sol; il le loue pour y bâtir, donc à raison de la superficie; la superficie étant détruite, son droit n'a plus de raison d'être.

Doneau avait contre lui l'opinion des glossateurs. Les jurisconsultes modernes se sont rangés à l'avis de Bartole. Nous croyons qu'il faut distinguer. Si le droit de superficie est établi sur des bâtiments existants, il périt avec ces bâtiments sans qu'il puisse revivre. Sur ce point, il n'y a rien à répondre à Doneau. Mais si le droit est établi sur des bâtiments à construire, nous croyons que la destruction des bâtiments n'éteint pas le droit du superficiaire. Les raisons que Doneau allègue sont par trop subtiles. Il dit que la convention ne donne pas au superficiaire un droit indéfini de bâtir, car ce serait une convention sur une chose incertaine, partant nulle. D'après la subtilité du droit, oui; dans la réalité des choses, non : peut-on dire qu'une convention soit incertaine quand je stipule le droit de bâtir sur un fonds déterminé, en ce sens que si le premier bâtiment s'écroule, j'aurai le droit d'en élever un second, un troisième? La convention n'est pas incertaine pour la première construction; pourquoi le serait-elle pour

la seconde ou la troisième? Doneau insiste et dit que la propriété deviendra, en ce cas, un droit illusoire, puisque le superficiaire et ses ayants cause pourront bâtir jusqu'à la fin des siècles. L'objection serait sérieuse et décisive si le droit du superficiaire était perpétuel; elle tombe devant la disposition de notre loi qui limite la durée du droit à cinquante ans. Il y a encore une considération en faveur du superficiaire, qui nous paraît péremptoire. Celui qui stipule le droit d'avoir des bâtiments sur le sol d'autrui pendant cinquante ans, entend certes jouir de son droit pendant ce délai; de quoi jouira-t-il si le bâtiment est détruit la première année du bail? Déclarer son droit éteint, alors qu'il pourrait encore jouir en reconstruisant, c'est violer l'intention des parties contractantes; or, la première règle d'interprétation, celle qui l'emporte sur toutes les subtilités du droit, c'est que la volonté des parties fait leur loi; il faut donc avant tout consulter leur intention (1).

432. Il y a des causes d'extinction qui sont de droit et qu'il suffira de mentionner. L'article 9 de la loi belge dit que le droit de superficie s'éteint, entre autres, par la confusion. C'est l'application d'un principe élémentaire en matière de droits réels; nous renvoyons aux explications que nous avons données sur l'usufruit et les servitudes (2). Le droit de superficie s'éteint encore s'il a été constitué par un propriétaire qui avait une propriété annulable, résoluble ou révocable, en cas d'annulation, de résolution ou de révocation, personne ne pouvant concéder à des tiers plus de droits qu'il n'en a lui-même. Nous avons exposé ailleurs les principes qui régissent cette matière (3). Le droit de superficie lui-même peut être établi sous condition résolutoire, ou l'acte qui le constitue peut être infecté d'un vice qui le rende annulable. C'est toujours le droit commun qui recevra son application.

Le droit du superficiaire peut encore s'éteindre s'il ne

(1) Comparez Gesterding, *Die Lehre vom Eigenthum*, p. 452; Heimbach, dans Weiske, *Rechtswörterb.* t. X, p. 706 et note 58.

(2) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 70, nos 57, 58, et plus haut, p. 360-364, nos 299-303.

(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 139, nos 104-113.

remplit pas les obligations que le contrat lui impose. Il y a lieu dans ce cas à la condition résolutoire tacite. S'il ne paye pas la redevance, le propriétaire peut demander la résolution du contrat. On applique alors les principes que nous exposerons au titre des *Obligations* sur la condition résolutoire tacite. Les parties peuvent aussi convenir que le contrat sera résolu si le superficiaire ne paye pas le prix stipulé. C'est ce qu'on appelle pacte comissoire; nous y reviendrons là où est le siège de la matière. De même il pourrait y avoir déchéance si le superficiaire commettait des abus de jouissance. Cela suppose naturellement que les bâtiments n'ont pas été construits ni payés par le superficiaire; car alors il a le droit d'abuser; si les bâtiments ont été construits par le propriétaire et si le superficiaire ne les a pas payés, le superficiaire doit jouir en bon père de famille, ce qui l'expose à une action en déchéance quand il ne remplit pas cette obligation. Il faut appliquer ici par analogie ce que la loi belge dit de l'emphytéote. La loi se montre indulgente pour l'emphytéote; le superficiaire peut se prévaloir de la même indulgence, les deux contrats étant à peu près identiques.

433. D'après la loi belge (art. 9), le droit de superficie s'éteint encore par la prescription de trente ans. Quelle est cette prescription? Est-ce le non-usage du droit? ou est-ce la prescription acquisitive, soit au profit du propriétaire, soit au profit d'un tiers? D'après les principes, la question ne serait pas douteuse. Le droit de superficie n'est pas une servitude; le superficiaire a un quasi-domaine; il est donc logique de lui appliquer les principes qui régissent la propriété plutôt que ceux qui régissent les servitudes; or, la propriété ne se perd pas par le non-usage; donc il en doit être de même des démembrements de la propriété, que les lois et la doctrine assimilent au droit de propriété. Nous avons appliqué ces principes à l'emphytéose. Il y a cependant un motif sérieux de douter, c'est la rédaction de la loi belge: elle dit que le droit de superficie s'éteint par la prescription de trente ans. Est-ce la prescription extinctive? On pourrait le croire, puisqu'il est question de l'extinction d'un droit. Mais si on entend la loi

en ce sens, on la met en contradiction avec les principes qu'elle-même a consacrés sur l'étendue des droits de l'emphytéote et du superficiaire. Ces principes ont été consacrés par la cour de cassation de France en matière de superficie (1). Il faut donc voir s'il y a moyen de concilier le texte des lois de 1824 avec les principes. Il y a une différence de rédaction entre la loi belge et les dispositions du code civil qui traitent de l'extinction des servitudes par la prescription. L'article 617 porte que l'usufruit s'éteint par le *non-usage du droit pendant trente ans*; et l'article 706 s'exprime dans des termes identiques en parlant des servitudes. Ainsi le législateur français ne se sert pas même du mot de prescription. Le législateur hollandais a conservé le langage du code Napoléon (art. 754) en parlant des servitudes, et en traitant de l'extinction de l'usufruit il définit le mot de prescription dont il se sert, en ajoutant : si l'usufruitier n'a pas usé de son droit pendant trente ans (art. 854), tandis qu'en parlant des droits de superficie et d'emphytéose, il emploie l'expression générale de prescription trentenaire (art. 765, et art. 9 de la loi de 1824). On peut donc dire que la prescription n'est pas le non-usage, que c'est la prescription de droit commun, ce qui permet de maintenir les principes généraux.

Observation générale.

434. Les contrats de superficie, très-fréquents jadis, sont devenus très-rares. Bien qu'il y ait une loi belge sur la matière, nous n'avons pas trouvé un seul arrêt dans les recueils de jurisprudence. En France, il s'est présenté des cas où la propriété est divisée; nous en avons donné des exemples (2). Proudhon en cite d'autres. Le propriétaire d'un fonds accordé au superficiaire le droit d'y couper le bois qui y croîtra et se réserve pour lui le droit d'y exercer le pâturage. On voit assez fréquemment, dit Proudhon, en

(1) Besançon, 12 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 2, 1) et arrêt de rejet du 5 novembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 32).

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 111, nos 85 et suiv.

pays de montagnes, des mélanges de cette nature : ce sont des partages dans lesquels, sans s'occuper de la division du sol, on attribue exclusivement à l'un des frères le droit de couper perpétuellement le bois qui croîtra dans un pré-bois, et à l'autre celui d'y faire pâturer ses bestiaux en tout temps de l'année. Il y a aussi des partages dans lesquels la superficie est cédée à l'un et le sol abandonné à l'autre (1). Voici un exemple emprunté à la jurisprudence française : l'acte date de 1660. Une commune vend un bois, en remplissant les formalités prescrites par les lois de l'époque; elle se réserva expressément la propriété du fonds ainsi que le pâturage; elle aliénait seulement le droit de couper à perpétuité les bois crus ou à croître. La cour de Besançon décida que ce droit était un droit de superficie (2).

Ce n'est pas là le véritable droit de superficie, tel que le droit romain le connaissait, tel que notre loi le consacre. Mais cela n'empêche pas ces contrats de vente ou de partage d'être valables. Seulement on peut demander quelles règles on appliquera. Il faudra procéder par analogie, en recourant aux principes qui régissent les droits de superficie et d'emphytéose; bien entendu dans le silence de l'acte, car on doit consulter avant tout les stipulations des parties contractantes. Cette règle d'interprétation est en harmonie avec nos lois. Celle de 1824 sur le droit de superficie permet aux parties de déroger aux dispositions qu'elle établit. Elle fait cependant une exception : la durée du contrat ne peut excéder cinquante années. Nous avons vu que le délai est de quatre-vingt-dix-neuf ans quand il s'agit d'une emphytéose. Ce point est important. Les contrats superficiaires, dont nous trouvons des exemples dans les auteurs ou dans la jurisprudence, sont tous faits à perpétuité. Nos lois modernes ne permettent plus de contrats perpétuels qui aliènent la jouissance totale ou partielle de la chose. Quelle serait donc la valeur des contrats faits à perpétuité? Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut, à l'occasion de l'emphytéose.

(1) Proudhon et Curasson, *Des droits d'usage*, t. 1^{er}, p. 386 et suiv., n° 369.

(2) Besançon, 12 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 2, 1).