

Une proposition concernant la théorie générale des droits réels principaux constitués sur les biens d'un autre

*Dana Cigan, juge au Cour d'Appel Oradea,
Membre du Sénat de l'Union
Nationale des Juges de Roumanie*

Le rapport entre la loi et les droits

Le droit, comme totalité des règles juridiques, représente l'instrument et l'expression d'une civilisation et porte l'empreinte d'une histoire, à côté de celle d'un monument déterminé par des coordonnées constantes et variables. Il a le rôle de soutenir la justice, la liberté, la paix, la prospérité et l'évolution des peuples, mais ses règles ont parfois le rôle de limiter les libertés, pour les mettre en accord.

L'élaboration de la norme est toujours déterminée par la nécessité de protéger le droit préexistant et de sanctionner toute action qui tend à limiter l'exercice libre du titulaire. Mais les droits, n'étant que des fragments de libertés dans leur essence, peuvent créer l'illusion d'une élasticité illimitée dans le moment de l'exercice, existant la possibilité d'apparaître la tendance de dépasser les limites sous-entendues initialement. C'est pour cela que les lois sont aussi importantes pour la séance des droits civils – soient-elles d'un ordre secondaire du point de vue du fondement raisonnable. Les lois représentent ce que contient, limite, délimite et précise la forme dont l'exercice des droits se manifeste.

L'analyse du rapport juridique civil: élément essentiel de l'élaboration de la théorie du droit réel

Dans la conception primitive romaine, l'obligation était conçue sur le model du droit de propriété, c'est à dire du droit réel. Cette structure se corrobore avec le pouvoir absolu que *pater familias* exercerait aussi bien sur les membres

de la famille que sur les choses qui composaient la propriété de la famille. Donc, on lui a reconnaissait un droit de disposition – dans le sens le plus propre – ayant pour objet des personnes (descendants, débiteurs ou esclaves, le chef de la famille ayant le droit de décider sur les destins des hommes et des biens sous son autorité. La conséquence était que les juristes romains avaient conçu le droit de propriété comme un rapport entre une personne et un bien, raison pour laquelle ils avaient mis ce droit – à titre d'exception – dans la catégorie des biens corporels.

Le concept n'a pas été soumis à une analyse théorique que dans le XIX-ème siècle quand on a commencé une lutte doctrinaire à cause de la modalité différente d'aborder le problème choisie par ses souteneurs. Ainsi, l'école du droit naturel a trouvé le motif du droit subjectif dans la raison humaine et elle l'a transformé dans le concept central du droit. Mais, conformément aux représentants de l'école positiviste et sociologique, les droits sont des fonctions sociales, leur porteur étant obligé de les exercer au nom de la société qui les avaient conférés. Plus tard, Windscheid soutenait que le droit subjectif est soit un pouvoir de volonté, soit une souveraineté de volonté déterminée, conditionnée et limitée par le droit objectif. Au contraire, Jhering a développé la théorie de



l'intérêt juridique projeté, tout en affirmant que le droit subjectif était un intérêt projeté par la norme de droit, le seul but pratiqué des droits étant l'utilisation du sujet et qui représente un avantage moral et matériel.

Les droits subjectifs et les obligations se présentent dans la réalité juridique sous la forme d'une relation entre les personnes. Chacun peut être analysé aussi bien abstraitement – comme éléments d'une relation entre certaines personnes appréciées singulièrement – que de la perspective de leur liaison nécessaire avec les droits et les obligations d'autres personnes par rapport au complexe des relations qui forment la société juridique. Ce type d'analyse complexe permettra de mettre en évidence chaque droit sous un double plan: celui de l'implication d'une obligation corrélative appartenant à une autre personne auquel on ajoute celui des obligations du titulaire à l'égard des autres; de la même manière, l'obligation qui revient à un sujet de droit impliquera aussi bien des droits corrélatives que des droits propres.

Pour la part de la doctrine qui accepte la distinction de la classification des droits subjectifs civils par rapport à l'opposabilité, les droits réels sont des droits absolus, de sorte qu'ils présentent leurs traits caractéristiques qui leurs délimitent le droit de créance.

Du point de vue des sujets, au droit réel – comme à chaque droit absolu – la détermination du sujet actif lui est spécifique, le sujet passif étant indéterminé. En ce qui concerne le contenu, au droit réel correspond une obligation générale et négative de ne rien faire qui puisse influencer l'exercice libre et total de ce droit. Cette caractérisation des droits réels a comme point de départ la théorie générale du rapport juridique civil, qui est toujours observé comme un rapport social, comme une relation entre les gens et jamais comme une relation entre une personne et un bien, considérant que les gens seulement ont la qualité de sujets de droit.

Quant à l'objet du rapport juridique civil, on a discuté aussi bien sous l'aspect de l'inclusion de cet élément dans la structure du rapport, que sous celui de la signification de la notion.

Disputes concernant le nombre limité des droits réels principaux

Le problème de la limitation du nombre des droits réels présente un intérêt pratique parce que ceux-ci connaissent de nombreuses

particularités par rapport aux droits de créance, comme, par exemple, l'avantage qu'ils ne dépendent de l'activité d'un débiteur et qu'ils sont indifférents aux fluctuations monétaires, ayant une plus grande stabilité que les droits personnels. L'analyse intéresse aussi par rapprochement au moyen d'assurance des opposabilités des droits.

À côté du droit pratique, les effets sont déterminés aussi par une politique législative. On pose à un moment donné la question si la limitation du nombre des droits réels est justifiée dans les conditions dans lesquelles la modalité la plus efficace d'exploiter un bien est représentée par la multiplication des droits réels qui peuvent l'avoir pour objet. Comme terme de comparaison on peut considérer la liberté contractuelle qui a fait explosion les dernières années, les conventions devenant les instruments des échanges économiques, conséquence du fait que la liste n'a pas été fermée, donc à part des contrats réglementés par la loi, les parties concluent chaque jour une série de contrats non-nommés.

Distinctions entre les limites du droit de propriété et son démembrement

Si on part de l'idée que le droit de propriété est le prototype des droits dans telle mesure que les autres droits réels sont considérés comme démembrements du droit de propriété, la définition de ces derniers droits est faite exclusivement par rapport au premier. Avant d'être un droit, la propriété est une réalité sociale et économique. L'appropriation d'un bien par une personne, les pouvoirs que cette personne exerce sur le bien, les rapports qu'on peut établir entre les personnes en ce qui concerne les biens, pour satisfaire des besoins personnels, mais aussi celles spécifiques à la communauté dont il fait part, ce ne sont pas les inventions du législateur. Celui-ci n'a fait que systématiser et organiser les rapports de propriété antérieurement nés, en accord avec ce qu'on avait été considéré être dans l'intérêt de la société située dans une certaine étape de son évolution. Dans la doctrine roumaine actuelle, le droit de propriété est défini comme étant le droit réel qui confère au titulaire les attributs de possession, d'utilisation et de disposition sur un bien, attributs que lui seule peut exercer dans leur plénitude, dans son propre pouvoir et propre intérêt, tout en respectant les normes juridiques en vigueur.

Par tradition, les attributs du droit de propriété sont dénommés *jus utendi*, *jus fruendi* et *jus abutendi*. Conformément aux chercheurs, on a constaté que même si basée sur des éléments romains, la définition qui comprend ces attributs avait été formulée par les commentateurs postérieurs au droit romain. Donc, les antiques utilisaient les noms *usus*, *fructus*, *abusus* ou les verbes *uti*, *fruti*, *abuti*. Il n'y a pas une unanimité dans la doctrine, ni sous l'aspect du nombre des attributs du droit de propriété, ni en ce qui concerne leur contenu.

La possession est la prérogative du propriétaire de posséder en fait – directement – le bien, par son propre pouvoir et son propre intérêt, ou de consentir que la possession de fait du bien se fasse en son nom et son intérêt par une autre personne.

L'utilisation est le résultat de l'unification des premiers deux attributs consacrés par le droit romain (*jus utendi et jus fruendi*) et elle est définie comme étant la prérogative en raison de laquelle le propriétaire a le pouvoir d'utiliser le bien dans son propre intérêt, acquérant dans sa propriété les fruits et les revenus qu'il peut ainsi obtenir.

La disposition contient le droit de disposition matérielle (qui est la possibilité du propriétaire de disposer de la substance du bien, c'est à dire de le transformer, consommer et détruire, respectant les normes en vigueur) et le droit de disposition juridique (représentant la possibilité du propriétaire de céder le droit de propriété à titre onéreux ou gratuit à l'aide des documents, entre les vivants ou en cas de mort, c'est à dire de le grever avec des droits réels dérivés, principaux ou accessoires, en faveur d'autres personnes, tout en respectant le régime juridique établi par la loi).

Le sens général du caractère absolu de la propriété est celui d'opposabilité *erga omnes*. Autrement dit, le droit est reconnu à son titulaire par rapport à tous les autres, ceux-ci ayant l'obligation générale négative de ne rien faire pour l'enfreindre. Quand le bien se trouve dans la possession illégitime d'un autre, le propriétaire a à sa disposition l'action en revendication, qu'on peut promouvoir contre toutes les personnes. L'inviolabilité du droit de propriété est étroitement liée au caractère absolu de celui-ci, qu'elle soutient et renforce. Cela présume que le droit de propriété ne peut pas être violé, avec la mention que l'inviolabilité est garantie en accord avec la loi.

Par le caractère entier de la propriété, la littérature juridique voulant souligner le fait que ce droit réel est le seul qui confère à son titulaire tous les trois attributs: la possession, l'utilisation et la disposition. En ce qui concerne le caractère exclusif de la propriété, il représente l'idée que les attributs du droit sont non seulement entiers, mais aussi indépendants de tout pouvoir d'une autre personne sur le bien respectif sauf les cas quand la propriété est démembrée; En cas de démembrement de la propriété, certains attributs de ce droit s'exerçaient par une autre personne, à cause d'un autre droit réel principal, dérivé du droit de propriété.

Des limitations de l'exercice du droit de propriété imposées par des documents normatifs sont:

Des limitations déterminées par les intérêts généraux:

L'expropriation. L'expropriation a été définie comme institution juridique de droit public qui consiste en l'acquisition forcée, à titre onéreux, pour utilité publique, dans les conditions de la loi et sous contrôle judiciaire des certains biens immeubles propriété privée. Elle représente une exception aussi bien du caractère inviolable que de celui absolu de la propriété. On ne peut exproprier que les immeubles de la propriété privée des personnes physiques ou juridiques ou des unités administrative-territoriales qui permettent la réalisation des certains ouvrages publics ou qui doivent être détruits pour qu'on puisse exécuter de tels ouvrages.

L'utilisation du sous-sol. À présent, à part le droit de propriété sur le sous-sol et ses richesses, la Constitution régit le droit d'utiliser le sous-sol. Il peut être exercé exclusivement pour exécuter des ouvrages d'intérêt public, par exemple la création d'un réseau souterrain de canaux, réchauffage ou constructions à caractère militaire.

Restrictions légales:

Le droit de préemption. À la suite de sa réglementation par la Loi n° 54/1998, le droit de préemption a été défini comme droit subjectif civil, légal, patrimonial, incessible et temporaire, reconnu aux copropriétaires, aux propriétaires, voisins et bailleurs, dans cet ordre, en vertu duquel ses titulaires peuvent gagner la propriété des terrains agricoles situés en extra ville, en cas de leur vente, avec préférence pour tout autre acheteur, et dans des conditions égales.

La prorogation légale des contractes de louage. Exception aussi bien du caractère entier et exclusif de la propriété, que du principe de la force obligatoire des contractes, l'intervention du législateur dans ce domaine a une motivation sociale forte, à cause du manque sévère de logements dans le milieu urbain. Dans la pratique judiciaire actuelle un réel intérêt est celui de solutionner la situation des locataires qui habitent dans des immeubles rendus aux vieux propriétaires ou leurs successeurs en accord avec les Lois n° 112/1995 et 10/2001.

La protection du milieu. Conformément aux spécifications constitutionnelles, le droit de propriété oblige à respecter les obligations concernant la protection du milieu, la dernière étant définie comme une activité humaine consciente documentée scientifiquement, dirigée vers la réalisation d'un but concret de prévenir la pollution, de maintenir et améliorer les conditions de vivre sur la Terre.

Les servitudes administratives. Le développement constant de la théorie du domaine administratif observée dans la doctrine de spécialité des dernières années impose la distinction des servitudes administratives de celles légales et naturelles, reconnues de même comme étant des restrictions de la propriété, mais spécifiques au domaine privé. Les servitudes administratives constituent un des moyens utilisés pour satisfaire les nécessités publiques, étant des créations de la technique juridique moderne et apparaissant simultanément avec la consécration du droit de propriété individuelle comme liberté publique et l'institution du principe de la légalité dans l'activité administrative.

Les autres restrictions du droit de propriété sont: les incapacités spéciales d'utilisation, la copropriété forcée, le cas réglementé par l'article 581 du Code Civil.

Des limitations déterminées par les intérêts individuels du titulaire du droit de propriété: parmi les obligations réglementées par le Code Civil se mettent en évidence celles qui obligent le propriétaire à une certaine action, envers celles qui imposent une abstention. Dans la première catégorie on trouve celles qui concernent les frontières et la clôture de la propriété, auxquelles on ajoute celle mentionnée par l'article 615 du Code Civil. Dans la catégorie des obligations qui imposent certaines retenues on trouve celles réglementées par les articles 607 – 610 et 611

du Code Civil. Aux servitudes réciproques on ajoute, évidemment, celles unilatérales, par exemple celles mentionnées par les articles 578 et 616 du Code Civil.

Les limites judiciaires d'exercer le droit de propriété: le droit de propriété peut subir des restrictions non seulement à cause des restrictions d'ordre légal, mais aussi par le contrôle effectué par les instances judiciaires concernant la manière dont il a été exercé par son titulaire. Il est vrai qu' on lui reconnaît le droit de profiter de toute l'utilité de sa chose, mais en même temps, on ne peut pas permettre au propriétaire d'exercer abusivement ses prérogatives que son droit lui confère et que la loi lui reconnaît par conséquent.

Le droit de propriété n'a pas une durée limitée en temps, la propriété conservant sa qualité abstraite de droit réel, sans tenir compte des transmissions, tant que le bien qui forme son objet existe. Ce caractère est mis en pratique à l'aide de la transmissibilité de la propriété. Puisque la vie des personnes physiques et la durée d'existence des personnes juridiques sont limitées en temps, par la transmission du droit de propriété on accomplit son passage du patrimoine d'un sujet de droit dans le patrimoine d'un autre, sans aucune modification. Deuxièmement, la perpétuation se réfère à l'exercice du droit de propriété qui ne se perd pas par non-usage, en principe l'action en revendication étant imprescriptible. On doit mentionner ici que le caractère transmissible de la propriété est spécifique à la propriété privée, les exceptions étant exprès et limitativement prévues par la loi. Les parties peuvent extraire temporairement un bien du circuit civil, par leur accord des volontés.

La nature juridique des droits réels sur les biens d'un autre

Les droits réels sur les biens d'un autre sont des droits réels limités, qui à côté des caractères juridiques typiques à chaque droit réel, présentent certaines particularités. Premièrement, pendant que la propriété représente la règle générale, elles constituent une exception, ayant un contenu limité. Les principaux droits réels dérivés du droit de propriété confèrent un ou plusieurs attributs que le titulaire peut exercer sur le bien d'un autre, mais jamais d'une manière entière et exclusive spécifique à la propriété. De même, les droits réels limités peuvent s'éteindre

soit par non-usage (à la différence de la propriété qui est imprescriptible extinctive), soit par consolidation.

Le point de départ de la recherche est représenté par les lois promulguées dans les villes-état situées entre le Tigre et Euphrate, il y a 4000 ans. La propriété connaissait déjà sa forme individuelle, à côté de celle collective sur les établissements religieux et sur une partie significative du sol. Des normes de droit civil peuvent être identifiées dans les lois de l'état Eṭnunna, élaborées pendant le roi Bilalama - au début du deuxième millénaire avant J. C. – celles-ci représentant les plus anciennes réglementations d'Akkad. Les problèmes abordés visent, entre autres, la protection de la propriété des hommes libres et la détermination des formes que le bail peut prendre. Suivant ces normes, dans une société où la vie économique et sociale était dominée par l'essence des notions de loi et justice, le code d'Hammurapi reste une des créations de référence de tous les temps. En réglementant la propriété foncière, le code prévoit qu'elle appartient dans la plupart à l'état, représenté par le roi qui possédait non seulement les domaines de la famille, mais aussi les territoires obtenus en lutte. Un autre titulaire du droit de la propriété foncière était la communauté de paysans, dont les membres se répartissaient périodiquement l'utilisation temporaire des terrains arables. En même temps, la propriété privée sur la terre était connue et réglementée, un rôle important dans son exploitation revenant au contrat de location. Dans la mesure qu'un tiers construisait sur un terrain qui ne lui appartenait pas, suivant les règles de l'accession immobilière, le propriétaire devenait aussi le propriétaire de la construction. Si le constructeur était de bonne foi, il pouvait obtenir le droit d'utiliser la construction édifiée par lui pour une certaine période, d'habitude 10 ans.

L'évolution du droit de superficie du plan obligationnel dans celui des droits réels représente une dispute fascinante entre la rigidité du droit civil (*ius civile*) et le mode que *ius honorarium* intervient pour adapter certaines réglementations en accord avec les nécessités imposées par les évolutions économiques et sociales, une vraie lutte entre le principe *superficies solo cedit* et la reconnaissance de la possibilité de admettre des exceptions, le motif historique dominant étant la dispute sur la propriété. Un autre vecteur de cette transfor-

mation c'est le moment de l'élaboration des éléments qui composent *Corpus iuris civilis* et qui a marqué cette évolution d'une manière irréversible.

La catégorie des droits réels s'est formée graduellement et la délimitation entre *actio in rem* et *actio in personam*, qui permet l'identification des droits réels et des obligations ne correspond pas au système originaire, étant plutôt un point réalisé par l'évolution de la jurisprudence classique au moment du passage de la procédure des législations à celle formulaire.

L'empirisme qui a soutenu la formation de la conception romaine de la propriété et celle de la catégorie des droits réels libérées de tout schématisme conceptuel et fondements sur les exigences de la pratique, pendant que les constructions juridiques représentent le résultat de l'élaboration de la jurisprudence et de la tradition romaine. L'absence même des définitions confirme l'idée que la propriété romaine avait le rôle de répondre aux exigences concrètes imposées par une période marquée par des profondes transformations politiques, économiques et sociales.

Ce serait une erreur de croire que les interprètes, recherchant l'institution de la superficie, n'auraient analysé que les conceptions élaborées par la jurisprudence, éliminant totalement les normes. Il y a des auteurs qui soutiennent que la superficie n'a pas connu le profil d'un droit général et qu'il a été nécessaire l'assumptions de l'expérience des coutumes germaniques qui ne connaissaient pas la règle *superficies solo cedit* – qui est en contraste avec la nature même de la superficie. Il est vrai que dans le procès d'élaboration de la structure des constantes et variables de la propriété, la jurisprudence était oscillante. Mais la conception assumée par celle-ci conformément à laquelle le propriétaire exerce un pouvoir réel sur ses biens créera la prémisse des divergences juridiques entre la propriété romaine et la germanique, la dernière observant et protégeant exclusivement l'aspect économique du droit qui n'est pas nécessairement dépendent d'une autorité. Il faut mentionner que la propriété germanique, par sa structure, permet l'exercice des prérogatives sur un bien par plusieurs personnes, simultanément, mais ce type de propriété se présente comme une institution unitaire.

La catégorie des droits réels s'est formée graduellement et la délimitation entre *actio in rem* et *actio in personam*, qui permet l'identification des droits réels et des obligations ne correspond pas au système originaire, étant plutôt un point réalisé par l'évolution de la jurisprudence classique au moment du passage de la procédure des législations à celle formulaire.

Les glossateurs combineront au cours de leur recherche des éléments spécifiques pour les deux types de propriété esquissant la dualité du domaine et introduisant la distinction entre le domaine direct et le domaine utile. Le superficier, l'emphytéote et le conducteur à long terme sont dénommés comme titulaires de *dominia utilia*. La doctrine, en utilisant de telles expressions, a l'intention de s'assumer une aire conceptuelle de la propriété qui ne contiendra quelques unes des constantes traditionnelles, mettant en évidence le rôle économique qui doit recomposer ce droit. Le résultat consistera dans la réunion des deux profils hétérogènes, sous la dénomination d'une institution qui se prétend unitaire.

Les glossateurs ont essayé d'identifier la définition de la superficie en examinant les résultats de la pratique, l'orientation de la politique législative en les déterminant d'élargir sur cette forme de propriété tous les moyens de protection spécifiques à la propriété. À cette occasion on a analysé les résultats de l'influence exercitée par la pratique sur la conception juridique et le changement de la mentalité qu'on avait imposé. Dans une évaluation juridique, la règle *superficies solo cedit* représente un problème qui ne peut être évité, ni par les adeptes de la propriété superficière: le propriétaire de la superficie est *dominus soli*. Les glossateurs maintiennent cette formule quand ils parlent du domaine direct. Mais en acceptant les conclusions de la pratique – qui reconnaît le profil de la propriété dans la possession du superficière – ils parleront du domaine utile lors de l'analyse de l'exercice des facultés qui reviennent à celui-ci.

Le titre XLIII, 18 du Digestes – qui représente le siège de la matière en ce qui

concerne la superficie – a représenté une cible préférée de l'analyse des critiques qui avaient mis en doute l'origine classique de l'interdite mentionné au début du premier fragment et surtout son extension aussi dans le cas quand le rapport juridique a été conçu entre particuliers. La valeur de cette analyse est évidente, qui établit des jalons stricts, formels et de substance, mais en même temps, s'impose la question si elle n'est pas poussée au delà de la limite réelle, déterminant ainsi une conclusion partiellement ou totalement erronée. Une autre perspective est offerte par l'idée que dans la mesure où le texte soumis à l'examen aurait supporté l'intervention des compilateurs, la formulation n'en aurait pas été tellement maladroite en tenant compte du fait que la conception justinienne met en évidence un caractère réel pour *actio de superficie*.

Plus que l'usufruit, la superficie peut être comparée avec l'emphytéose et dans la mesure où l'analogie s'élargisse jusqu'au niveau de la location visant *agri vectigales*, on pourrait identifier une origine commune de ces deux institutions, origine en directe liaison de causalité avec la procédure de concession du terrain public. Si on a en vue que la location sur *agri vectigales* avait comme objet des terrains publics et si, en même temps, on recherche la structure modelée de la superficie de création de la jurisprudence, on arrive à la conclusion que la dernière vise des constructions édifiées sur le terrain public. Ce procès de modulation a été soumis à la pression générée d'une part par le fait que les particuliers ne pouvaient pas obtenir des droits sur ces biens et d'une autre part, par les effets du principe *superficies solo cedit*. Dans ces conditions, une solution s'imposant pour la réglementation juridique des parcelles accordées pour construire des logements et qui devait respecter, en même temps, ces limites.

La tendance manifestée par le droit de Justinian de concilier le régime classique de la superficie avec l'orientation idéologique est bien évidente et elle se reflète dans la manière dans laquelle les compilateurs ont compris de décrire ce régime. On pourrait dire que dans cette période le superficière dispose d'un pouvoir qui coïncide avec celui du propriétaire et pourtant, du point de vue juridique il n'est pas propriétaire. Il est vrai que pour pénétrer la nature juridique d'une institution il ne suffit pas de présenter

quelques considérations qui permettent le crayonnage des principes, mais il s'impose qu'elles soient le fondement de l'idéologie même qui établit le cadre de l'activité législative. Malheureusement, sous cet aspect l'élaboration de la discipline positive de la superficie est éclipsée par l'esprit des réformes justiniennes. Pourtant on peut affirmer que la superficie dans le droit Justinien, de point de vue du système positif, est un *ius in re aliena* et que la théorie de la propriété superficière représente une prémisse idéologique du système qui mènera à une reconnaissance de la part du législateur.

La superficie dans le droit moderne

La valeur du droit créé et appliqué par les romains est reflétée par le fait qu'il a survécu à l'effondrement de l'empire, ses normes s'étant appliquées dans plusieurs pays, soit d'une manière directe, soit combinées avec les coutumes et lois locales, du fond normatif de ces directions de développement se formant le système de droit romain-germanique. Il a à la base les systèmes français et allemand auxquels on ajoute des structures apparentées, dans certains cas l'appartenance étant déterminée par une réception de deuxième degré, à l'aide des grands empires coloniaux qui ont pratiqué un export de législation.

Partie composante du droit romain-germanique, le système juridique allemand a à sa base une application directe du droit romain – au cours de plusieurs siècles – sous le nom de *Kaiserrecht*. À la longue, ce procès d'absorption a été transformé dans un procès créatif, couronné par l'élaboration du Code Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*), mis en vigueur le 1er Janvier 1900. Par §1012 – 1017 on a reconnu un droit qui peut être assimilé à la superficie – *ERBBAURECHT*. Ultérieurement, par Décret sur le droit de superficie de 15 Janvier 1919, la réglementation est devenue plus précise et détaillée en ce qui concerne le contenu légal ou conventionnel du droit, les effets de la démolition de la construction à la transmissibilité du droit en cas de mort. Conformément à la loi spéciale, le fond peut être grevé de telle façon, qu'au bénéficiaire en faveur duquel on réalise la grevation revienne le droit aliénable et transmissible par héritage d'avoir une construction sur ou sous la surface du terrain grevé.

Dans le cas du droit autrichien la superficie a été réglementée par une loi spéciale le 26 Avril

1912. Elle prévoit le caractère réel du droit de superficie, mais en spécifiant qu'il n'est nullement un droit de propriété, et qu'il n'est nullement encadré dans la catégorie des droits réels traditionnels, étant un droit réel *sui generis*.

La Hongrie présente un profil distinct parmi les états qui faisaient partie de l'Empire Autriche-Hongrois parce qu'elle a maintenu son propre système de droit, d'origine consuetudinaire, l'applicabilité du A.B.G.B. étant d'une courte durée. La doctrine de ce pays considérait la propriété divisée comme étant contraire aux principes fondamentaux du droit de propriété, l'explication étant que la structure n'a pas de racines dans le ancien droit hongrois.

Le système juridique français – pylône du droit romano-germanique – présente un trait caractéristique déterminé par les principes de la Révolution Française qui a poursuivi l'élimination des droits seigneuriaux et des droits foncières perpétuels et de toute possibilité que ceux – ci renaissent. Dans la période moderne les termes relatifs qui établissent le cadre de la reconnaissance du droit de la superficie sont déterminés par la doctrine et jurisprudence française. D'ailleurs, la doctrine n'a jamais connu des difficultés pour admettre l'existence du droit de superficie et de l'assimiler à un véritable droit de propriété. En 1861, La Cour de Cassation, par une solution d'espèce a statué que la superficie est un droit réel qui se détache de l'immeuble et constitue en faveur du titulaire une vraie propriété qui contient y compris le droit de disposition. Par des normes spéciales on a ultérieurement réglementé des contrats qui déterminent la naissance d'un droit de superficie à caractère temporaire.

La législation belge a connu en 10 Janvier 1824 une réglementation spéciale du droit de superficie, celui - ci étant défini comme un droit réel qui porte sur les immeubles, ouvrages et plantations trouvés sur un fond qui appartient à autrui. La durée pour laquelle on peut le constituer est de 50 ans, avec la possibilité de prolongement, la norme étant d'ordre publique, de sorte que le droit a un évident caractère temporaire.

Le Code civil italien de 1942 a réglementé exprès la superficie, reconnaissant au propriétaire du terrain la possibilité d'aliéner à un tiers le droit de construire ou de conserver une construction déjà édifiée sur le terrain qui lui appartient.

En ce qui concerne le droit espagnol, le Code Civil n'a pas consacré aucune disposition expresse sur le droit de superficie, mais cette lacune a été remédiée par l'intervention de quelques réglementations spéciales en matière hypothécaire qui admettent que la propriété de la surface puisse être dissociée du sol et que l'accession immobilière artificielle, réglementée par art. 350 Code Civil Espagnol n'est pas d'ordre public. La Loi du Fonds Foncier de 12 Mai 1956 prévoit que le droit de superficie peut être constitué en vue de construire l'immeuble qui entrera dans la propriété du superficiaire. Dans les deux cas le droit est temporaire.

Le système juridique Suisse représente une vraie synthèse des branches française et allemande du système romain-germanique. La solution retenue pour l'institution de la superficie est originale, étant réglementée par une loi spéciale de 19 Mars 1965. Elle prévoit le droit à une indemnisation en faveur du superficiaire dans le cas où à l'expiration du terme, l'immeuble est assumé par le propriétaire du fond. D'une autre part on reconnaît le droit du dernier d'éloigner les effets de la convention qui a constitué le droit, à titre de sanction. La doctrine a conclu, à la suite de ces réglementations, que la superficie est une servitude qui confère au titulaire le droit d'avoir ou d'élever des constructions sur un terrain qui appartient à un autre propriétaire.

En ce qui concerne le droit romain imposé à la suite de la conquête de Dacia, on présume que la province avait le même régime que les autres territoires occupés, *ius civile et ius gentium*, étant appliqués simultanément, en fonction de la qualité des sujets du rapport juridique civil. Après la fin de la domination romaine la compilation de Justinien a été absorbée indirectement à l'aide de quelques ouvrages publiés en 726 – Ecloga – assumée partiellement par *La Rectification de la Loi* en 1652 et *Le Manuel* de A. Donici en 1814.

Dans les conditions où sur le territoire de notre pays la féodalité s'est développée plus tard et dans d'autres conditions que dans l'Ouest de l'Europe, la propriété a connu pourtant la forme typique de cette période caractérisée par la division de la propriété. Une situation spéciale a connu la propriété foncière urbaine, les habitants des villes ayant d'habitude une administration propre, à la base des privilèges accordés par le régner. Souvent les citadins avaient un droit

héréditaire de possession – d'habitude exclusive – en ce qui concerne les terrains construits (maisons, ateliers, celliers) et la frontière du bourg entourait, à part de terrain pour l'agriculture, aussi un endroit pour pâturage, pré, ruchers, moulins.

La superficie a été réglementé par le Code Calimach dans l'article 1507.

La formule de code adoptée par le législateur roumain, qui ne s'est pas assumé tout le texte de l'art. 553 du Code civil français a généré une vive dispute en ce qui concerne l'existence même du droit de superficie. Des arguments pertinents, assumés aussi par la pratique, ont mis en évidence le fondement légal de ce droit réel. Le problème paraissait tranché par la reconnaissance expresse de la superficie par le nouveau Code Civil Roumain de 1940, mais qui n'a jamais été mis en vigueur.

L'idée de la dissociation de la propriété du sol de celle de la surface a permis des applications auxquelles le concept du droit de superficie avait offert un cadre optimal de développement du point de vue de la construction juridique.

La doctrine roumaine est obligée de démarrer sa recherche à partir des prévisions de l'art. 492 Code Civil qui instituent trois présomptions relatives. La première est celle que toute construction a été réalisée par le propriétaire du sol. La deuxième est celle conformément à laquelle le propriétaire a fait l'ouvrage et il a supporté aussi sa valeur. Enfin, la troisième présomption est celle qui permet, en cas de son abolition, l'apparition d'un droit réel ayant pour titulaire le constructeur, une autre personne que le propriétaire du fond. Le premier a besoin d'une protection plus forte que celle offerte par un droit personnel, d'autant plus que la valeur de la construction dépasse souvent celle du fond, la garantie de son droit existant déjà au fur et à mesure de la réalisation de l'ouvrage et de la construction de l'édifice. La conclusion en est que la superficie doit être reconnue non seulement au propriétaire de l'immeuble construit sur le terrain qui appartient à une autre personne, mais aussi au constructeur qui édifie, en propre intérêt, sur le terrain d'un autre, ayant l'accord du propriétaire du terrain non seulement pour construire, mais aussi pour obtenir la propriété de l'immeuble ainsi élevé.

On définit le droit de superficie comme étant le droit réel de structure complexe qui consiste

dans le droit de propriété d'une personne – superficière – sur des constructions ou autres ouvrages, situés sur un terrain dans la propriété d'un autre, ou dans le droit d'élever sur ce terrain des constructions ou d'autres ouvrages qui deviennent sa propriété, terrain sur lequel le superficière a un droit d'utilisation.

La limitation du droit d'utilisation sur le terrain à la surface nécessaire à l'exploitation de la construction doit être soulignée parce qu'il n'y a aucune raison sous-entendue pour limiter la possession et l'utilisation du propriétaire du terrain. Dans le cas où le droit est constitué sur toute la durée de l'existence de la construction, il ne peut pas être que partiel et limité.

On peut dire que la superficie présente un profil spécial: quoique son contenu soit plus réduit que la propriété, celui-ci est en même temps quoique plus riche que celui de n'importe quel autre droit principal dérivé du droit de propriété.

Le droit de superficie est tout d'abord un droit réel immobilier ayant comme objet un terrain et une construction attachée au sol ou édifée au sous-sol. Étant un droit réel, la superficie est un droit imprescriptible extinctif l'action en revendication pouvant être introduite n'importe quand jusqu'à l'anéantissement du droit même. Le droit de superficie est en principe aussi un droit perpétuel, subsistant dans toute la période que la construction édifée sur le terrain d'un autre existe dans sa matérialité. Mais la perpétuation tient de la nature de la superficie et non pas de son essence. Rien ne s'oppose à ce que les parties, par leur accord de volonté, établissent un terme à la fin duquel le droit s'anéantisse, la superficie pouvant être constituée aussi pour une durée déterminée.

La superficie et l'emphytéose ont été reconnues comme des droits réels sur le bien d'un autre, comme résultat des besoins sociaux. Les empereurs ont recouru au système du bail à long terme pour assurer la cultivassions de leurs terrains – autres que ceux qui appartenaient au citadelles – et qui n'avaient pas été travaillés. Dans les villes, à cause de l'accroissement de la population, les loyers étaient exorbitants, donc il était nécessaire de trouver une modalité d'encourager la construction des logements sur des terrains qui appartenaient à l'état mais assurant au constructeur l'utilisation perpétuelle de l'édifice.

Dans le droit roumain l'emphytéose et la superficie ont été „unies” en ce qui concerne la terminologie dans le XVIIIème siècle, sous le nom généralisé de *bezman* en Moldavie et *embatic* dans Le Pays Roumain (Țara Românească). Les deux notions désignaient un droit réel d'utilisation d'un immeuble, résultat d'une location perpétuelle ou de longue durée, en échange d'un loyer. Cette unification des deux institutions a survécu jusqu'à l'élaboration du Code Civil qui, par l'article 1415, a interdit la constitution de l'emphytéose pour l'avenir.

Si la délimitation de la superficie de l'emphytéose se fait avec difficulté, ayant un profil ressemblant, la distinction est plus évidente dans le cas des obligations réelles. Les dernières pèsent sur une personne qui détient certains biens, les obligations étant liées à ce bien et exprès réglementées par la loi. La plus importante distinction entre l'obligation corrélatrice aux droits réels et l'obligation *prompter rem* est au niveau de l'opposabilité. La première est opposable *erga omnes*, étape qui ne sera jamais atteinte par l'obligation réelle qui ne devient jamais une obligation générale.

Initialement, dans le droit romain – la superficie n'ayant la configuration d'un droit réel autonome – la source du droit du superficière ne pouvait pas être trouvée que dans une convention de location à l'aide de laquelle le propriétaire du terrain constituait en faveur d'un tiers un droit d'utilisation sur le bien. La première expression utilisée par les juristes par laquelle on détermine la location superficière des constructions déjà existantes ou nées même du moment du droit d'édification est *locare solum*. Évidemment, dans les limites établies par *ius civile*, le problème d'utilisation de l'édifice existant a été solutionné à l'aide d'un rapport de location dont l'objet ne se limitait pas à la construction, mais s'élargissait sur le sol aussi. Plus difficile de solutionner dans le plan juridique c'était le problème d'utilisation du terrain d'un autre du moment où la construction n'existait plus, tenant compte des limites établies dans la typologie de la convention. C'est cet élément qui a déterminé la transformation du contenu du droit du locataire, accordant au superficière une série d'attributions qui ont crayonné le profil spécifique du droit qui se préfigurait, le délimitant de la location *simplex* ou *vulgaris*.

À présent, tenant compte des réglementations qui établissent le cadre du droit de superficie –

ou plutôt leur manque – la doctrine est unanime dans l’appréciation que le droit de superficie peut être obtenu par titre (acte juridique unilatéral ou bilatéral) à même par le pouvoir de la loi ou par usucapion.

Le contrat – source du droit de superficie – pourra prendre soit la forme d’un acte juridique à titre gratuit, soit la forme d’un acte juridique à titre onéreux – commutatif et affecté par terme extinctif ou aléatoire, si le droit a été reconnu pour toute la durée de l’existence de la construction.

Dans une première variante, la superficie peut être constituée par l’accord exprès du propriétaire du terrain dans le sens du renoncement au droit d’invoquer le bénéfice d’accession immobilière artificielle, ce qui permettra au superficiaire de construire un édifice sur lequel il obtient le droit de propriété, simultanément avec le droit d’utilisation sur le terrain. Dans la seconde variante, la source du droit de superficie peut être trouvée dans le contenu d’une convention d’aliénation. Chaque modalité peut être utilisée: soit par *deductio*, quand tout en aliénant son immeuble, le propriétaire se réserve le droit sur les constructions, soit par *translatio*, quand le propriétaire aliène seulement les constructions, en se réservant la propriété du terrain.

Le contrat qui détermine la naissance d’une superficie doit accomplir toutes les conditions de validité nécessaires pour un acte juridique civil. Il faut mentionner dans ce contexte le problème du consentement valable de la partie qui s’oblige, parce que la condition de l’extériorisation du consentement a posé quelques problèmes dans la pratique judiciaire. Ainsi, certaines instances judiciaires se sont prononcées dans le sens que la non-opposition du propriétaire du terrain à l’édification de la construction par une autre personne suffit pour que la dernière obtienne un droit de superficie. Nous ne sommes pas d’accord avec cette solution considérant, à côté d’autres auteurs, que l’attitude du propriétaire du terrain qui ne s’est pas opposé à l’édification de la construction ne peut pas avoir d’autre conséquence que l’élimination de l’application – par rapport au constructeur – des sanctions mentionnées par l’art. 494 alin. 2 Code Civil, et dans aucun cas n’étant pas éloignés les effets de l’accession immobilière artificielle.

Une autre dispute a été déterminée dans le cadre de la doctrine par le problème de la forme

que doit prendre l’acte par lequel se constitue un droit de superficie. Nous apprécions que, *de lege lata*, on peut appliquer au contrat le principe du consensus. Il est vrai que cette conclusion est déterminée par la signification accordée à la notion d’*aliénation*. Pourtant, dans la réglementation actuelle les actes solennels ainsi que réels sont exprès réglementés de sorte que dans le cas des autres actes juridiques civils les parties puissent déterminer en fonction de leur propre intérêt la forme de l’accord de volonté. Mais *de lege ferenda*, nous considérons que le droit de superficie, par son profil complexe, justifie une réglementation spéciale qui contienne inclusivement la nécessité de l’inscription pour la naissance valide du droit. Le tiers présume toujours qu’une construction appartient au propriétaire du fond et il respectera la propriété sur l’immeuble comme un tout unitaire. Pour lui être opposable le droit du superficiaire – également en ce qui concerne la propriété sur la construction et l’utilisation du terrain – le tiers doit connaître l’exception applicable au cas concret, donc un accord verbal entre le propriétaire du fond et le constructeur n’étant pas suffisant.

Étant un droit réel immobilier, le droit de superficie sera inscrit dans la carte foncière, l’opération ayant ou non un caractère constitutif en fonction des normes spéciales en vigueur. En tout cas, c’est seulement au moment de la publication que le droit devient opposable aux tiers, mais les inscrits dans la carte foncière se font sur la base des autres inscriptions, la nécessité de la forme sollicitée de l’acte pour validité étant de nouveau soulignée.

En ce qui concerne le moment quand on obtienne le droit de superficie, si la construction est déjà édifiée, la situation ne porte pas de problèmes spéciaux, le moment étant celui de la réalisation de l’accord des volontés entre le propriétaire du fond et le superficiaire. Mais si la construction n’existe pas, le moment quand on obtienne le droit de superficie correspond à celui de l’obtention du droit de construire sur le terrain d’un autre.

Par legs, la superficie peut être constituée par une personne, qui par son testament, divise le droit de propriété sur un immeuble dans le sens qu’il institue légataire sur le terrain un bénéficiaire et pour légataire sur la construction un autre bénéficiaire. Parce qu’il s’agit des legs à titre particulier – qui devront accomplir les conditions

de fonds et de forme pour validité – on applique les spécifications de l'article 923 C.Civ., donc toute aliénation de l'objet du legs détermine sa révocation.

Des problèmes spéciaux concernant la constitution du droit de superficie par titre:

La constitution de la superficie par acte de concession: on peut constituer le droit de superficie sur les terrains dans le domaine privé de l'état et des unités administrative-territoriales par acte de concession, dans les conditions de l'article 10 de la Loi n° 50/1991. La concession se fait pour la durée de l'existence de la construction, et le droit ainsi constitué se transmet simultanément et de pair avec le droit de propriété sur la construction édiflée sur le terrain respectif.

La situation de la construction édiflée par la violation du terrain avoisiné: plusieurs solutions ont été décidées par les instances judiciaires, la plupart étant justifiées par l'aspect économique de la situation créée, tout en considérant qu'on n'impose pas la démolition de la construction seulement parce que le propriétaire a violé le terrain avoisiné, sans tenir compte qu'il s'agissait des portions importantes ou insignifiantes. On est arrivé jusqu'à l'idée de sanctionner la passivité du propriétaire qui n'a pas fait les démarches nécessaires pour arrêter l'édification de la construction. Nous considérons, à côté d'autres auteurs que la sanction de la soi-disant passivité du propriétaire, à cause de l'idée de l'abus de droit, est excessive parce que tout d'abord, celui qui s'assume les risques c'est toujours le constructeur. D'une autre part, l'appréciation du titulaire du fond comme étant de mauvaise-foi apparaît bien exagérée et inconcevable l'idée que celui-ci puisse annihiler

la mauvaise-foi du constructeur, le dernier étant ainsi considéré comme un constructeur de bonne-foi. L'idée de la conversion de la position psychique du titulaire n'a aucun support juridique et le droit sur les constructions est conféré au titulaire du fond par sa qualité même de propriétaire, non pas par sa bonne-foi.

La possibilité d'obtenir un droit de superficie par l'effet de la prescription acquisitive résulte de la nature même du droit comme étant un droit réel auquel on applique les spécifications de l'article 1837 C.Civ.

Dans la doctrine on le présente comme le seul cas de l'obtention *ex lege* du droit de superficie résulté suivant l'application des spécifications de l'article 30. C.fam. La pratique a statué que toutes les constructions édiflées pendant le mariage sur le terrain comme bien propre d'un des deux maris, sont des biens communs.

La protection du superficiaire se fait dans un double sens: avant tout, en contradictoire avec le propriétaire du terrain, et puis par rapport aux tiers. Cette distinction est rencontrée dès le droit romain.

Dans le droit moderne, la protection de la superficie se réalise par de nombreux moyens juridiques dont le plus important est la protection constitutionnelle assurée à la propriété privée. En ce qui concerne les modalités spécifiques au droit civil, elles incluent la totalité des actions en justice par lesquelles le titulaire du droit sollicite aux instances judiciaires de décider pour éloigner tout contact ou violation de son droit.

Le superficiaire et le titulaire du droit de propriété sur le terrain pourront protéger leurs droits dans une formule unitaire, quand l'action du tiers affecte tous les deux, mais ils pourront le faire aussi d'une manière indépendante.