

N° 3. RÉALITÉ DE LA SERVITUDE.

152. Le code considère la servitude comme une charge qui grève le fonds servant. On peut aussi la considérer comme un droit établi en faveur du fonds dominant. C'est ainsi que Pothier définit la servitude : le droit qu'a le propriétaire d'un héritage sur un héritage voisin pour la commodité du sien. Domat dit aussi que la servitude est un droit qui assujettit un fonds à quelque service pour l'usage d'un autre fonds. Il en est des droits réels comme des obligations : il n'y a pas d'obligation sans un droit corrélatif, on ne conçoit pas un débiteur sans un créancier. De même si un fonds est grevé d'une charge, cela suppose un autre fonds pour l'utilité duquel elle est établie. Nous disons un autre fonds, puisque, aux termes de l'article 686, la servitude ne peut être établie au profit de la personne. En matière d'obligations, c'est un seul et même droit qui s'appelle créance quand il est actif, et dette quand il est passif. La servitude aussi est la même, qu'on la considère passivement comme une charge, ou activement comme un droit; ce qui la caractérise, c'est la réalité; la charge est réelle et le droit est réel. Elle est classée parmi les droits qui sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (art. 526). A la différence de l'usufruit qui peut être mobilier ou immobilier, les servitudes sont nécessairement immobilières, puisqu'elles s'exercent toujours dans un fonds et au profit d'un fonds.

Il y a encore une autre différence entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles. Les premières sont des droits détachés de la propriété, laquelle se trouve démembrée; le propriétaire ne porte plus ce nom, on l'appelle nu propriétaire; une partie de son droit appartient à l'usufruitier ou à l'usager, lesquels en ce sens sont également propriétaires. On peut aussi dire de la servitude qu'elle est une propriété; mais cette propriété n'a pas d'existence distincte, séparée de l'héritage dominant: comme le disent les jurisconsultes romains, les servitudes

sont des qualités du fonds dominant et du fonds servant (1); et on ne conçoit pas qu'une qualité soit détachée de la chose. De là suit qu'à la différence de l'usufruit, les servitudes ne peuvent être vendues ni louées séparément du fonds dominant, ni par conséquent hypothéquées. Elles suivent le fonds, soit comme droit, soit comme charge.

153. Le droit de suite est une conséquence de la réalité de la servitude. Une qualité reste attachée au fonds en quelques mains qu'il passe. Il n'est pas nécessaire que la servitude soit déclarée dans l'acte translatif de propriété, soit du fonds servant, soit du fonds dominant : le fonds est transmis avec ses qualités. Cela est si élémentaire qu'il est presque inutile de citer des autorités (2). Toutefois il faut remarquer que notre nouvelle loi hypothécaire a apporté une grave dérogation au code civil. Les actes translatifs de droits réels immobiliers doivent être transcrits; jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers de bonne foi. (Art. 1^{er} de la loi du 16 décembre 1851.) Nous reviendrons sur ce principe.

La réalité de la servitude la distingue profondément du droit d'obligation. Nous venons de rappeler les différences qui séparent la servitude et le droit de créance (n° 148). C'est le fonds servant qui est grevé, ce n'est pas la personne qui est obligée; tandis que le débiteur est tenu de faire ou de donner, le possesseur de l'héritage servant est seulement tenu de souffrir ou de ne pas faire. Sous ce rapport, sa condition paraît plus favorable que celle du débiteur; à d'autres égards, elle l'est moins. Le débiteur, obligé à faire, ne peut être contraint de faire ce qu'il ne veut pas faire, la volonté de l'homme étant libre; mais celui qui a un droit de servitude peut l'exercer directement dans la chose qui en est grevée, de même que le propriétaire peut user de son droit et briser la résistance qu'il rencontre, en invoquant au besoin l'autorité de la justice et de la force publique qui exécute les décisions judiciaires. Ce droit rigoureux appartient aussi au propriétaire du

(1) L. 26, D., *de verb. signif.* (L., 16).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 64 et note 15. Il faut ajouter un arrêt de Liège du 19 mars 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 56).

BIBLIOTECA ALFONCINA
UNIVERSITARIA
D. A. N. LI

fonds dominant. Le maître du fonds servant n'a qu'un moyen de se soustraire à la charge qui est imposée à son fonds, c'est de l'abandonner. Ici il reprend l'avantage sur le débiteur : celui-ci ne peut pas se délier de son obligation en abandonnant la chose qui en est l'objet; sa personne est tenue, et tenue indéfiniment.

N° 4. PERPÉTUITÉ DE LA CAUSE.

154. La perpétuité de la cause était un caractère essentiel des servitudes en droit romain. Comme les interprètes ne sont pas d'accord sur la perpétuité de la cause, on s'est prévalu de leurs dissentiments pour accuser les jurisconsultes romains de subtilités contraires au bon sens (1). Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat. La législation moderne présente assez de difficultés sans que l'on y mêle celles qui naissent des textes du Digeste. Domat dit que les servitudes sont perpétuelles (2). Elles ont cela de commun avec la propriété. Mais la perpétuité n'est pas de l'essence de la propriété (3); elle ne peut donc pas être de l'essence des servitudes. La servitude étant une qualité du fonds doit participer de la nature du droit de propriété dont le fonds est l'objet, la qualité étant inséparable du fonds. Sous ce rapport, les servitudes réelles diffèrent des autres droits réels; les servitudes personnelles sont essentiellement viagères; les droits d'emphytéose et de superficie ont une durée limitée; les hypothèques ne sont qu'un accessoire de la dette principale, laquelle est destinée à s'éteindre par le paiement. Pourquoi en est-il autrement des servitudes prédiales? Nous venons d'en dire le motif juridique : la qualité ne peut être temporaire quand le droit auquel elle est attachée est perpétuel. Cela est aussi fondé en raison. Le législateur permet de détacher une utilité que le propriétaire pourrait tirer de son héritage pour

(1) Bailoz, au mot *Servitude*, n° 41. Elvers, *Die römische Servituten lehre*, p. 151.

(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XII, p. 123.

(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 139, n° 104.

l'attacher à un autre héritage, parce que si le fonds servant en est diminué, le fonds dominant en est augmenté de valeur. Cela suppose que l'intérêt des propriétaires exige cet échange de services; s'il s'agissait de l'intérêt des personnes, celui-là est changeant et passager, comme l'est la vie; mais c'est pour le fonds que la servitude est établie, et les fonds ne changent pas; l'intérêt du fonds est donc, en général, un intérêt perpétuel : de là la perpétuité des servitudes. Mais la perpétuité n'étant pas de l'essence de la servitude, pas plus que de la propriété, rien n'empêche d'en limiter la durée. Nous reviendrons sur ce point en traitant de la modalité des servitudes.

155. La perpétuité des servitudes établit une nouvelle différence entre les servitudes et les obligations. Celles-ci sont destinées à être éteintes par leur exécution; ainsi le droit de créance s'éteint par cela même qu'il est exercé, le créancier pouvant exiger l'exécution de l'obligation et le débiteur étant tenu de payer. Tandis que le propriétaire du fonds dominant peut toujours exercer son droit; alors même qu'il l'a acheté, il ne peut pas être contraint au rachat, à moins que la convention ou la loi ne l'autorisent. C'est ainsi que le droit de vaine pâture, quand il est fondé sur un titre, peut être racheté (1). Mais hors de ces exceptions, personne ne peut être forcé de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique. Il résulte de là une différence entre les servitudes et les hypothèques; les hypothèques peuvent être effacées par une procédure particulière que l'on appelle la purge. La raison en est qu'elles ne sont que l'accessoire d'une créance. Au contraire, les servitudes sont une propriété, et une propriété ne peut pas s'effacer.

N° 5. DE L'INDIVISIBILITÉ DES SERVITUDES.

156. Les servitudes sont-elles indivisibles? L'indivisibilité est la matière la plus obscure du code; dans son application aux servitudes, elle partage les principes de la

(1) Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, art. 8. Aubry et Rau (t. III, n° 64, note 18) donnent encore d'autres exemples.

science. Écoutons Pothier : « Les droits de servitude réelle sont indivisibles, et ne sont pas susceptibles de parties ni réelles, ni même intellectuelles; car il répugne qu'un héritage ait pour partie sur l'héritage voisin un droit de passage, un droit de vue ou quelque autre droit de servitude, et il répugne pareillement qu'un héritage en soit chargé pour partie. » Pothier prévoit l'objection que l'on peut faire, au point de vue pratique, contre la théorie de l'indivisibilité, et il y répond : « L'usage d'un droit de servitude peut bien être limité à certains jours, à certaines heures; mais ce droit, dont l'usage est ainsi limité, est un droit entier de servitude, et non une partie de droit (1). » Pothier s'exprime avec un ton de certitude qui semble exclure tout doute. Cependant il savait que Dumoulin, l'oracle du droit coutumier, professait l'opinion contraire; or, c'est Dumoulin qui avait trouvé la clef du labyrinthe de l'indivisibilité : on sait que tel est le titre que lui-même a donné à son traité sur l'indivisibilité des obligations, traité que Pothier n'a fait que résumer. Eh bien, dans ce traité, il soutient contre tous que certaines servitudes sont aussi divisibles que de l'argent. Pourquoi l'illustre jurisconsulte prend-il un air de défi en énonçant un avis qui contrariait l'opinion générale? « *Fremant omnes licet*, » s'écrie-t-il (2). C'est qu'il avait contre lui les interprètes du droit romain; le plus profond de tous, Doneau, n'hésite pas à enseigner, à la suite d'Ulpien, que les servitudes réelles sont indivisibles de leur essence, et telle est encore aujourd'hui l'opinion la plus accréditée parmi les romanistes (3). Celui qui a un droit de passage peut-il passer pour un tiers ou un quart? Conçoit-on que le droit de vue s'exerce pour moitié? Est-ce que la servitude de ne pas bâtir a des parties?

157. D'où vient ce dissentiment et sur quoi porte-t-il? On ne s'accorde pas sur ce qu'il faut entendre par un droit

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans, Introduction au titre des Servitudes*, titre XIII, n° 3.

(2) Dumoulin, *Tractatus de dividuo et individuo*, III^e partie, n° 290.

(3) Donellus, *Commentaria*, XV, 6, 5 (t. IX de l'édition de 1826, p. 59). Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 55, p. 543.

indivisible, ni sur les conséquences de l'indivisibilité. Les auteurs du code ont procédé comme il convient à des législateurs; laissant là la théorie, ils n'ont pas même prononcé le mot d'indivisibilité dans le titre des *Servitudes*, mais les articles 700, 709 et 710 consacrent les applications les plus usuelles de la doctrine enseignée par Pothier. Nous y reviendrons; pour le moment, nous constaterons seulement les principes d'où dérivent les conséquences que le législateur français a formulées. Les servitudes réelles sont indivisibles en ce sens qu'elles ne peuvent pas s'acquérir pour une quote-part mathématique; on ne conçoit pas même que l'on achète un cinquième du droit de passer par un fonds, ni qu'on possède et qu'on prescrive un cinquième du droit de vue sur un héritage. Et ce qui est vrai de l'acquisition du droit est aussi vrai de l'extinction des servitudes. Les servitudes sont encore indivisibles en ce sens qu'elles sont dues à chaque partie de l'héritage dominant, et qu'elles affectent chaque partie de l'héritage servant. Cela n'empêche pas, comme l'a déjà dit Pothier, que l'exercice des servitudes puisse être limité quant au lieu, au temps et au mode. Et puisque cela peut se faire par convention, cela peut aussi se faire par prescription. Nous croyons inutile de combattre les opinions contraires, parce que le dissentiment ne porte que sur des abstractions; sur les questions d'application, tout le monde est d'accord (1).

§ III. Différence entre la servitude et la propriété.

N° I. DE LA PROPRIÉTÉ EXCLUSIVE.

158. Au premier abord, on pourrait croire qu'il est impossible de confondre la propriété avec la servitude, qui n'est qu'un démembrement de la propriété. Cependant il y a bien des cas où un seul et même droit peut avoir les apparences d'une servitude ou d'une propriété. Nous cite-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 64 et notes 19, 20 et 21. Comparez, en sens contraire, Pardessus, t. I^{er}, p. 60, nos 22, 23 et 24. Toullier, t. VI, nos 783 et suiv.

BIBLIOTECA ALFONSIANA
UNIVERSITARIA
D. A. N. LI