

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<sup>e</sup> 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<sup>er</sup>, p. 60, nos 22, 23 et 24. Toullier, t. VI, nos 783 et suiv.

BIBLIOTECA ALFONSIANA  
UNIVERSITARIA  
D. A. N. LI

rons un exemple qui s'est présenté devant la cour de cassation. Un propriétaire cède à titre d'albergement (1) deux pièces de terre, moyennant une redevance annuelle, et en outre sous l'obligation contractée par l'albergataire de *maintenir une allée* qui traversait l'une des deux pièces albergées et de remplacer les arbres qui viendraient à périr. L'albergateur s'était-il réservé l'allée à titre de propriété ou à titre de servitude? Si c'était à titre de servitude, le droit pouvait s'éteindre par la prescription, tandis que la propriété ne se perd pas par le non-usage. Tel était l'intérêt du débat. La cour de Grenoble décida que la clause du contrat ne pouvait être considérée comme une réserve de la propriété du sol de l'allée, que c'était une servitude imposée au fonds qui restait assujéti au droit de passage, et en même temps une charge personnelle imposée à l'albergataire d'entretenir la plantation qui formait l'allée. Or, les albergataires n'ayant plus fait de travaux d'entretien depuis plus de trente ans, l'arrêt les déclara affranchis de cette obligation. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet, l'interprétation des contrats étant abandonnée au juge du fait (2).

**159.** On voit quel est l'intérêt de la question que nous venons de poser. Au titre de l'*Usufruit*, nous avons appelé l'attention sur la différence remarquable qui sépare la propriété et les servitudes : l'une est à l'abri de toute perte alors même que le propriétaire resterait plus de trente ans sans user de son droit, tandis que les autres s'éteignent par le non-usage de même que les obligations s'éteignent par la prescription (n° 60). Il y a aussi une différence en ce qui concerne l'acquisition de la propriété et des servitudes : la première s'acquiert par la prescription, et quand il s'agit de meubles corporels, il suffit même d'une possession instantanée, tandis que les servitudes discontinues ou non apparentes ne s'acquièrent que par titre. Il va sans dire qu'il y a une différence capitale entre le droit du propriétaire et le droit du maître du fonds dominant; l'un

(1) C'est le nom que l'on donnait dans le Dauphiné au bail emphytéotique (Merlin, *Répertoire*, au mot *Albergement*).

(2) Arrêt de rejet du 15 février 1842 (Daloz, au mot *Preuve*, n° 52).

jouit et dispose de la chose de la manière la plus absolue, l'autre n'a qu'un démembrement de ce droit absolu, et il doit se restreindre dans les limites précises de son droit (1).

**160.** Il importe donc beaucoup de savoir si un droit est établi à titre de propriété ou à titre de servitude. Comment les distinguer? Avant tout, il faut consulter le titre qui établit le droit. Dans l'espèce que nous venons de rapporter (n° 158), l'acte décidait assez clairement la difficulté. Celui qui aliène un fonds, en imposant à l'acquéreur la charge de *maintenir* un passage, grève par là même le terrain vendu de ce passage; en effet, il ne se réserve pas la propriété du terrain par lequel le passage sera pratiqué; donc ce terrain resté compris dans l'aliénation, et par conséquent il devient la propriété de l'acquéreur; dès lors le passage ne peut être qu'une servitude. La question est plus difficile quand le droit est acquis par prescription. On peut acquérir par prescription la propriété du dessous du sol, tel qu'une cave, un puits, une fosse d'aisances; l'article 553 le suppose. On peut aussi acquérir par prescription le droit de se servir de la cave, du puits ou des fosses d'aisances, à titre de servitude continue et apparente. Comment distinguera-t-on la possession à titre de propriétaire et la possession à titre de servitude?

On dit que la propriété est une chose corporelle, tandis que la servitude est un droit, une qualité active ou passive du fonds; la distinction est de pure théorie, et elle est même très-contestable, car la propriété est aussi un droit réel, le plus considérable de tous; elle s'exerce dans une chose corporelle, mais il en est de même de la servitude. Dans l'ancien droit, l'on admettait qu'il y a propriété plutôt que servitude, quand il y a incorporation, inédification dans l'héritage voisin, et on décidait en conséquence que celui qui bâtit un aqueduc sur le fonds d'autrui, ou qui incorpore un égout dans un édifice appartenant à un autre, fait un acte de propriétaire; d'où l'on concluait que les droits d'égout et d'aqueduc pouvaient s'acquérir par prescription, là même où les servitudes ne s'acquerraient pas par la pos-

(1) Demolombe, t. XII, p. 173, n° 672.

session (1). On prétend qu'il en est de même sous l'empire du code civil, en ce sens du moins que l'inedification annonce le droit de propriété (2). Cela est dit dans un arrêt de la cour de cassation, lequel invoque l'article 712 (3). Nous croyons que la cour a mal interprété cet article; il porte que la propriété s'acquiert par *accession ou incorporation*, et par prescription. La loi considère donc l'*incorporation* comme une espèce d'*accession*, ce qui se rapporte à l'article 553, lequel décide effectivement qu'il y a accession par l'édification ou l'incorporation (4). Ainsi l'article 712 doit être écarté comme étranger à la question, et l'article 553 ne la tranche pas davantage; en effet, les travaux peuvent être faits pour l'établissement d'une servitude, aussi bien que pour l'acquisition de la propriété. En définitive, c'est la nature de la possession qui décidera. C'est donc une question de fait. Autre est la possession à titre de propriétaire, titre exclusif, absolu; autre la possession à titre de servitude, titre exceptionnel, limité, impliquant un droit supérieur dont il n'est qu'un démembrement. Les juges apprécieront. La même difficulté se présente en cas de copropriété; nous y reviendrons.

**161.** L'application de ces principes a donné lieu à un débat qui a été porté devant la cour de cassation. Nous dirons plus loin que les sources sont l'objet d'une propriété exclusive au profit du propriétaire du terrain où elles jaillissent. Mais le propriétaire inférieur peut y acquérir un droit, soit par titre, soit par prescription. Quelle est la nature de ce droit? est-ce propriété? est-ce servitude? Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il y avait un titre, c'était une transaction intervenue en 1656; le propriétaire inférieur avait besoin des eaux pour l'irrigation de ses prairies; la transaction lui attribue la totalité de ces eaux, moyennant l'échange d'un pré contre des terrains d'une contenance supérieure. La cour de Grenoble, interprétant cette convention, décida qu'elle donnait au propriétaire

(1) Lalaure, *Traité des servitudes réelles*, livre I, chap. IX, p. 170.

(2) Toullier, t. II, p. 203, n° 469 bis.

(3) Arrêt de rejet du 22 octobre 1811 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 36).

(4) Duvergier sur Toullier, t. II, p. 204, note.

inférieur un droit de propriété sur les veines alimentaires de la source qui se trouvaient dans le fonds supérieur. Il en résultait une conséquence très-importante: le propriétaire du fonds supérieur y avait fait des travaux par suite desquels le propriétaire inférieur n'avait pas fait usage des eaux; il soutenait que le droit aux eaux était éteint par le non-usage. Il fut jugé que le non-usage ne fait pas perdre le droit de propriété (1).

## N° 2. LA COPROPRIÉTÉ.

**162.** La ressemblance entre la servitude et la propriété que nous venons de signaler se présente également et plus souvent entre la copropriété et la servitude. De là surgissent de nouvelles difficultés. Il règne quelque incertitude sur cette matière dans la jurisprudence, et la doctrine aussi est incertaine et obscure. Nous croyons qu'il faut distinguer avant tout le cas où les parties intéressées ont formellement stipulé la copropriété d'une chose, et le cas où l'usage d'une chose est commun entre plusieurs personnes, sans que l'on sache si c'est à titre de servitude ou à titre de copropriété. Il arrive parfois que des propriétaires, en vendant ou en partageant un héritage, réservent une partie accessoire pour leur usage commun; cela a lieu pour les allées, ruelles, cours, fosses d'aisances ou puits destinés au service de plusieurs maisons; cela peut arriver aussi pour les avenues, sentiers, chemins ou abreuvoirs affectés à l'exploitation de divers fonds ou domaines. Dans cette première hypothèse, la copropriété est certaine, puisque nous supposons que l'acte la stipule. Cette copropriété est régie par des principes particuliers sur lesquels nous reviendrons plus loin (2). Ainsi il est généralement admis que si la chose commune est absolument indispensable aux divers copropriétaires pour le service ou l'exploitation de leurs fonds, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 815 aux

(1) Arrêt de rejet du 13 juin 1865 (Dalloz, 1865, 1, 447).

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 411 et suiv., et notes 1-3.