

tait, non sur la distance, mais sur l'essence de l'arbre (1)?

On a encore soulevé un autre doute qui n'est pas sérieux. S'il se trouve un arbre de haute tige dans une haie, devra-t-on le considérer comme un arbre de basse tige, s'il est recepé et tenu à la même hauteur que la haie? C'est à peine si l'on peut poser la question. Est-ce qu'un arbre de haute tige cesse d'être de haute tige, s'il est planté dans une haie? Ce n'est pas le lieu où il se trouve qui détermine la distance à laquelle il a dû être planté, c'est l'essence de l'arbre (2).

8. Comment mesure-t-on la distance? est-ce à partir du cœur de l'arbre ou de sa surface extérieure? Il faut décider la question dans le premier sens; en effet la distance doit être invariable; or, elle varierait si on la calculait d'après la surface extérieure de l'arbre, selon qu'il serait plus ou moins gros au moment où il est planté; ce qui est inadmissible. Il doit donc y avoir entre le cœur de l'arbre et la ligne séparative des deux héritages une distance de deux mètres ou d'un demi-mètre. Si les deux fonds sont séparés par une clôture mitoyenne, il faudra supposer que la ligne de séparation est au milieu du mur, du fossé ou de la haie. S'il existe un chemin public entre les deux héritages, on comprend la largeur du chemin dans la distance. Si c'était un cours d'eau naturel, il faudrait encore l'y comprendre, dans l'opinion générale qui admet que ces eaux n'appartiennent à personne. Dans notre opinion, il faut appliquer la fiction que l'on suit pour la mitoyenneté, c'est-à-dire que la propriété des riverains est censée s'étendre jusqu'au milieu de la rivière (3).

NO 2. SANCTION. PRESCRIPTION.

9. Aux termes de l'article 672, « le voisin peut exiger que les arbres et haies plantés à une moindre distance soient arrachés. » C'est au demandeur à prouver que la

(1) Voyez la critique de l'arrêtiste (Daloz, 1853, 1, p. 200 et note) qui nous paraît très-fondée.

(2) Arrêt précité du 9 mars 1853 et arrêt de cassation du 25 mars 1862 (Daloz, 1862, 1, 174).

(3) Voyez les diverses opinions dans Aubry et Rau, t. II, p. 213 et suiv., et notes 13-15.

distance légale n'a pas été observée. Dans l'espèce dont nous avons déjà parlé, et qui a donné lieu à de si longs débats, les experts avaient constaté que l'une des bornes était penchée sur la propriété du voisin, de manière à changer le sommet de l'angle de seize centimètres. Si cette borne était droite, dit la cour d'Amiens, les arbres pourraient bien être à la distance voulue par la loi. Or, c'est au demandeur à prouver d'une manière précise que la distance a été dépassée; il ne faisait pas cette preuve, donc il était non recevable (1).

Dans la même affaire, le défendeur soutint que des arbres de haute tige ne dépassant la distance légale que de 1 à 10 centimètres, cette légère différence ne causait aucun préjudice au voisin, que partant il ne pouvait agir, faute d'intérêt. La cour de Paris accueillit cette défense, mais son arrêt fut cassé. C'est la confirmation de la doctrine que nous avons enseignée dans cette matière. Si, comme le dit parfois la cour de cassation, la distance prescrite par le code n'avait d'autre raison d'être que le préjudice que le voisin éprouve quand les plantations dépassent cette distance, elle aurait dû rejeter le pourvoi, alors que l'arrêt de la cour d'appel constatait qu'il n'y avait aucun préjudice. Elle le cassa parce que l'article 672 donne au voisin le droit absolu de faire arracher les arbres, sans lui imposer l'obligation de justifier d'aucun dommage (2). Donc ce n'est pas une question de préjudice; il n'y en aurait aucun que les arbres devraient encore être arrachés, parce que leur plantation viole le droit de propriété du voisin (3).

10. Qui peut intenter l'action ouverte par l'article 672? La loi dit : *Le voisin* peut exiger que les arbres soient arrachés. Cela veut-il dire que tout détenteur du fonds a le droit d'agir? En disant *le voisin*, la loi entend que le voisin est propriétaire, ou du moins qu'il a un droit réel dans le fonds qui lui donne intérêt et droit d'agir. Tel est l'usufruitier. On a prétendu qu'ayant seulement la jouissance,

(1) Amiens, 5 décembre 1850 (Daloz, 1853, 1, 342).

(2) Arrêt de cassation du 5 mars 1850 (Daloz, 1850, 1, 78). La doctrine est dans le même sens. Demolombe, t. XI, p. 556, n° 498; Aubry et Rau, t. II, p. 214 et note 16).

(3) Arrêt de cassation du 2 juillet 1867 (Daloz, 1867, 1, 280).



il ne pouvait demander qu'une indemnité de jouissance. La cour de cassation a décidé que l'usufruitier a qualité pour agir, puisqu'il jouit des droits de servitude comme le propriétaire lui-même (1). Légalement on peut considérer la distance prescrite par l'article 671 comme une servitude, puisque le code en parle au chapitre des Servitudes légales. A vrai dire, c'est une sanction du droit de propriété. La question est donc de savoir si l'usufruitier peut intenter les actions réelles. Nous l'avons examinée ailleurs, et décidée en faveur de l'usufruitier (2). Il suit de là que le preneur ne peut pas former l'action établie par l'article 672, car il n'a pas le droit d'intenter les actions qui naissent de la propriété. Le preneur doit s'adresser à son bailleur.

11. Le voisin peut-il encore demander que les arbres soient arrachés quand ils existent depuis plus de trente ans? Toute action s'éteint par la prescription trentenaire; il est donc hors de doute que le voisin ne peut plus agir après trente ans. Mais il y a de grandes difficultés sur la nature et les effets de cette prescription. Est-ce une prescription acquisitive en faveur de celui qui a planté les arbres à une moindre distance? est-ce une prescription extinctive contre celui qui n'a pas agi dans le délai de trente ans? Et si c'est une prescription acquisitive, qu'est-ce que le propriétaire acquiert par cette prescription? est-ce seulement le droit de conserver les arbres qu'il a plantés? ou a-t-il acquis le droit de planter à une distance moindre que la distance légale? Toutes ces questions, ainsi que beaucoup d'autres qui s'y rattachent, sont controversées, et il y a quelque doute. Les auteurs sont divisés sur le principe, ainsi que la jurisprudence. C'est le principe avant tout qu'il faut établir.

Nous venons de dire que la cour de cassation qualifie de servitude la disposition de l'article 671 qui défend au propriétaire d'un héritage de planter à une distance trop rapprochée de l'héritage voisin. Cette opinion a pour elle la terminologie du code, ainsi que la classification qu'il

(1) Même arrêt du 5 mars 1850 (p. 17, note 2).

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 458, nos 364 et suiv.

suit : l'article 671 se trouve au titre des *Servitudes*, et la défense qu'il établit est classée parmi les servitudes légales. Donc celui qui plante sans observer la distance légale s'affranchit d'une servitude, et partant la prescription est extinctive. Cette manière de considérer les servitudes dites légales est-elle fondée en principe? est-ce la vraie théorie du code? Nous avons déjà rencontré la difficulté, et nous avons enseigné, avec la jurisprudence de notre cour de cassation, que les servitudes légales, loin d'être des servitudes, sont l'état naturel de la propriété dans la société civile (1). Nous reviendrons sur la controverse, en traitant des vues et des jours, parce que c'est là que se trouve le siège de la difficulté et le principal intérêt du débat. Pour le moment, nous maintenons le principe tel que nous l'avons déjà établi. Les servitudes légales n'étant pas des servitudes, il en résulte que l'art. 671 ne crée pas une servitude à charge des héritages dont les propriétaires veulent faire des plantations; s'ils ne peuvent planter qu'à une certaine distance de l'héritage du voisin, c'est qu'en plantant plus près ils empiéteraient sur sa propriété. Donc celui qui plante à la distance légale ne fait qu'exercer son droit de propriété, avec la limitation qui y est inhérente, personne ne pouvant user de son droit de manière à porter atteinte au droit d'autrui. Que fait-il donc en plantant sans observer la distance légale? Il impose une restriction à la propriété de son voisin; si celui-ci souffre cette restriction pendant trente ans, son héritage est grevé d'une servitude. Donc il y a prescription acquisitive si les arbres restent pendant trente ans sans que le voisin demande qu'ils soient arrachés.

La prescription étant acquisitive, la possession en est la base. De là suit que la possession doit réunir les caractères énumérés par l'article 2229 : elle doit être continue, publique, non équivoque, à titre de propriétaire. La cour d'Amiens a fait, croyons-nous, une juste application de ces principes, en décidant que la possession n'est pas suffisante pour la prescription, aussi longtemps que l'arbre

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 450-454, nos 473-477.



planté dans une haie ne dépasse pas la haie. En effet, le voisin ne peut pas voir l'arbre aussi longtemps qu'il se confond avec la haie; bien que l'arbre existe réellement, la possession de l'arbre n'étant pas publique, il ne saurait y avoir de prescription. La prescription ne commencera à courir que lorsque l'arbre aura dépassé la haie et que la possession sera devenue publique (1).

**12.** Quand la prescription commence-t-elle à courir? Du jour de la plantation. C'est une conséquence évidente du principe que nous admettons quant à la nature de la prescription. Le propriétaire veut acquérir une servitude à charge de l'héritage voisin, il commence à prescrire du moment qu'il fait un acte de possession; or, en plantant, il empiète sur le droit de son voisin, donc il possède. Vainement dit-on que la plantation, lorsqu'elle est faite, ne frappe pas l'attention du propriétaire sur le fonds duquel on exerce un droit, et qu'il faut attendre que la plante soit devenue un arbre (2); il est de la nature de la plante de grandir incessamment, et dès que le gland sort de terre, il annonce le chêne futur (3). Il faut cependant concilier ce principe avec celui de la publicité, comme nous venons de le dire (n° 11).

Le principe est incontestable, mais l'application n'est pas sans difficulté. S'il s'agit d'arbres forestiers, la prescription court-elle du jour où l'arbre sort de terre, sous la condition de publicité, ou du jour où l'arbre est réservé comme baliveau, lors de la coupe des taillis? Cette dernière opinion a été soutenue devant les tribunaux; s'il s'agissait de faire la loi, on pourrait la défendre en disant que le taillis étant destiné à être coupé, l'arbre n'a qu'une existence temporaire, que partant le voisin est sans intérêt et sans droit. On répond, et la réponse est péremptoire, que ce n'est pas une question d'intérêt; quant au droit, il existe du jour où l'arbre se produit hors du sol; tout autre

(1) Amiens, 21 décembre 1821 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 641); Demolombe, t. XI, p. 558, n° 500.

(2) En ce sens, arrêt de Bourges du 16 mars 1830 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 638).

(3) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. II, p. 214, notes 17 et 18.

moment serait arbitraire, et les dispositions arbitraires ne peuvent émaner que du législateur. Cette décision est aussi fondée en raison. La prescription commence dès que l'action est possible, et le voisin peut agir le jour même où la souche, produit naturel du sol, apparaît dans la terre, et non pas seulement du jour où l'arbre qu'elle a produit est réservé dans une exploitation; donc on peut reprocher au voisin d'avoir gardé le silence, alors qu'il savait que les jeunes brins prendraient des développements succesifs qui en feraient des arbres de haute tige; le silence qu'il garde pendant trente ans, malgré les inconvénients progressifs que les brins grandissants lui occasionnent, doit faire supposer qu'il a renoncé au droit qu'il a de faire arracher les arbres; or, telle est la base de la prescription (1).

On a prétendu, en sens contraire, que s'il s'agit d'arbres excrus de vieilles souches restées en terre, la prescription remonte à l'existence de ces souches, d'où suivrait que les arbres ne pourraient être arrachés bien qu'ils eussent moins de trente ans. La cour de Montpellier avait accueilli ces prétentions (2). Dans l'espèce, il s'agissait de souches plus que séculaires: l'arbre qui en provient, disait-on, est toujours le même arbre qui se renouvelle aussi longtemps que la souche subsiste; c'est donc la souche qui est la plantation dans le sens légal du mot. Ici est l'erreur. Les arbres, rejets des anciennes souches, constituent des arbres nouveaux (3); l'ancien arbre a été coupé, donc il a cessé d'exister, et c'est une pure fiction de dire qu'un arbre coupé existe encore dans le nouveau rejeton que produisent les racines; or, une fiction ne peut être créée que par la loi. Cela est aussi conforme à la raison: comme le dit très-bien la cour de cassation, les rejets produits par les racines ou par la couronne des souches ne sont presque jamais à la place exacte des arbres anciens, ils peuvent être bien plus nombreux, très-souvent ils sont plus rapprochés de la propriété voisine; c'est donc un fait nouveau à charge de

(1) Arrêt de cassation du 13 mars 1850 (Daloz, 1850, 1, 89).

(2) Arrêt de Montpellier du 1<sup>er</sup> mai 1860, cassé par arrêt du 25 mars 1862 (Daloz, 1862, 1, 174).

(3) Arrêt de rejet du 22 décembre 1857 (Daloz, 1858, 1, 59).



l'héritage contigu, et par suite le propriétaire a le droit de le faire disparaître; ce n'est pas la souche ravalée rez terre qui le gêne, c'est l'arbre (1). La cour ajoute que ces jeunes arbres, quoique moins dommageables pour la propriété voisine que les arbres de haute tige qu'ils remplacent, parce qu'ils donnent moins d'ombre et d'humidité, sont en réalité plus compromettants pour le propriétaire, par les envahissements successifs dont ils le menacent (2). La jurisprudence est constante en ce sens.

**13.** Quel est l'effet de la prescription? Il y a une grande incertitude sur ce point dans la doctrine. Elle tient à l'absence de principes arrêtés sur la nature de la prescription dont il s'agit. Est-elle acquisitive ou extinctive? Si elle est acquisitive, qu'est-ce qu'elle acquiert? Nous écartons d'abord l'opinion qui considère la distance prescrite pour les plantations comme une servitude, et qui en induit que la prescription est libératoire, en ce sens que le propriétaire qui plante à une distance moindre que celle qui est établie par la loi, les règlements ou les usages, affranchit son fonds de la servitude qui le grève, de sorte qu'après trente ans il est libre de planter où il veut et ce qu'il veut, sans observer aucune distance. Cette opinion, soutenue par plusieurs auteurs (3), n'a pas trouvé faveur dans la jurisprudence. Quoique beaucoup d'arrêts, même de la cour de cassation, maintiennent la qualification de servitude, que le code donne à la prohibition établie dans l'article 671, ils n'admettent pas la conséquence qui découle de cette théorie. Cela est très-illogique. Mais que nous importe? Nous rejetons le principe ainsi que la conséquence. Puisque la prescription est acquisitive, à notre avis, il faut nous placer sur ce terrain, et examiner ce que le propriétaire acquiert quand il a possédé pendant trente ans des arbres plantés sans observer les distances légales.

Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord : c'est que les arbres qui existent depuis trente ans, à une

(1) Arrêt de rejet du 24 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 229).

(2) Arrêt de rejet du 31 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 350).

(3) Taulier, *Théorie du code civil*, t. II, p. 402. Voyez, en sens contraire Douai, 14 avril 1845 (Dalloz, 1845, 2, 94).

distance moindre que la distance légale, ne peuvent être arrachés. C'est, en effet, là le moins que le propriétaire des plantations ait pu acquérir par la prescription; s'il n'avait pas acquis le droit de maintenir les arbres qu'il a plantés, il n'aurait rien acquis du tout; ce serait nier la prescription; or, la prescription est admise généralement, et par la doctrine et par la jurisprudence (1). Ne faut-il pas aller plus loin et dire que le propriétaire a acquis le droit de planter des arbres à une distance moindre que la distance légale, en ce sens du moins qu'il peut abattre les arbres existants et les remplacer par de jeunes plants? Tel est, à notre avis, l'effet de la prescription, mais nous avons contre nous la jurisprudence et la plupart des auteurs. C'est dire que la question est douteuse. Nous dirons nos raisons, et nous essayerons de répondre à celles que l'on donne pour l'opinion contraire.

Pourquoi ne peut-on planter qu'à une certaine distance de l'héritage voisin? C'est qu'en plantant contre son fonds, on empiéterait sur sa propriété. Donc quand on plante sur la ligne qui sépare les deux héritages, on restreint le droit de propriété du voisin; cette restriction devient une servitude si elle subsiste pendant trente ans. Donc après une possession trentenaire, on a acquis le droit d'avoir des arbres à une distance moindre que la distance légale. Nous disons *des arbres*, car il est dans la nature des plantations d'être renouvelées; celui qui plante des arbres manifeste l'intention d'avoir une plantation et de la maintenir; or, les arbres meurent, et il est d'un bon père de famille de ne pas les laisser mourir, de les remplacer, de sorte que la plantation se fait dans un esprit de perpétuité. Par conséquent le voisin qui reste trente ans sans exiger que les arbres soient arrachés consent tacitement à ce que la plantation soit maintenue à titre de servitude, donc aussi renouvelée, puisque telle est la loi qui régit les plantations. Cela répond à une objection ou à un motif que l'on donne en faveur de l'opinion contraire. Ce n'est pas le

(1) Arrêts de rejet du 9 juin 1825, du 29 juin 1832 et du 25 mai 1842 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 653, 1°, 2° et 3°).



droit abstrait de planter, dit-on, que l'on acquiert par la prescription, c'est le droit d'avoir tels arbres à une distance moindre que la distance légale; donc dès que ces arbres sont arrachés, l'effet de la prescription cesse (1). L'objection ne tient aucun compte de la nature des plantations; elles sont destinées à être renouvelées; cela est si vrai que les arbres se reproduisent d'eux-mêmes par un semis naturel. La plantation qui se fait de main d'homme imite la nature, elle est aussi perpétuelle. Donc ce n'est pas un droit abstrait qui fait l'objet de la prescription, c'est une chose très-réelle, une plantation; mais cette plantation n'est pas une chose passagère, c'est une chose perpétuelle, et parmi toutes les œuvres humaines, il n'y en a aucune qui ait une plus longue durée; la nature vient en aide à la faiblesse de l'homme, en imprimant le caractère de perpétuité à ce qu'il fait.

On donne encore une autre forme à cette objection. Une vieille maxime dit que la prescription ne peut s'étendre au delà de ce qu'on a possédé, c'est-à-dire que les effets de la prescription sont mesurés par l'étendue de la possession : *tantum præscriptum quantum possessum*. C'est cet argument qui a entraîné la cour de cassation. La possession, dit-elle, a effet seulement à l'égard des arbres pour lesquels elle s'est manifestée pendant le temps et avec les conditions nécessaires. De là, la cour conclut que, lorsque les arbres anciens ont été arrachés ou ont péri de vétusté, le droit commun sur la servitude légale de distance reprend son empire; par suite le voisin peut demander que les jeunes arbres, qui n'existent pas depuis trente ans, soient arrachés (2). Il nous semble que la cour a fait une fautive application de la maxime *tantum præscriptum quantum possessum*. Celui qui possède des vues pendant trente ans sur l'héritage contigu de son voisin acquiert par la prescription une servitude de vue, mais il l'acquiert dans les

(1) Douai, 14 avril 1845 (Daloz, 1845, 2, 94); Bourges, 8 décembre 1841 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 661, 1°).

(2) Arrêts de rejet du 28 novembre 1853 (Daloz, 1854, 1, 233), du 2 décembre 1857 (Daloz, 1858, 1, 59), du 31 juillet 1865 (Daloz, 1865, 1, 350). Comparez Demolombe, t. XI, p. 560, n° 501 et les auteurs qu'il cite.

limites de la possession, il ne peut pas ouvrir une troisième fenêtre quand il n'en a possédé que deux. Quant aux deux qu'il a possédés, il les peut maintenir à perpétuité. Il en est de même des plantations; celui qui a possédé pendant trente ans cinquante arbres, à titre de servitude, ne peut pas en planter cinquante nouveaux; il a prescrit, à la vérité, le droit d'avoir des arbres à une distance moindre que la distance légale, mais il l'a prescrit dans les limites de sa possession. Dans ces limites, son droit est perpétuel, il peut maintenir à perpétuité sa plantation de cinquante arbres. Mais les arbres meurent ou ils doivent être coupés d'après un certain aménagement : c'est la plantation ainsi considérée qui a été l'objet de la possession, donc on peut dire que le propriétaire des arbres ne prescrit réellement que ce qu'il a possédé.

On conteste l'analogie que nous établissons entre les plantations et les vues. A notre avis, elle est décisive à tous égards. Les maisons aussi doivent être renouvelées, elles périssent comme toute chose. Si la maison qui avait un droit de vue s'écroule de vétusté ou est détruite, que devient le droit de vue? L'article 703 répond que les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user; mais, ajoute l'article 704, elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user. Ainsi la servitude de vue revivra si les fenêtres sont reconstruites. Pourquoi n'en serait-il pas de même du droit d'avoir des arbres à une distance moindre que la distance légale, lorsque les arbres sont renouvelés? On fait à ce sujet les plus singulières distinctions. Le droit d'avoir des vues, dit la cour de Bourges, est de sa nature continu et apparent; il réunit donc les deux conditions requises pour la prescription des servitudes, et une fois qu'il est acquis, il ne peut plus se perdre; tandis que le droit d'avoir des arbres, sans observation des distances légales, exige le fait actuel de l'homme, et constituerait par conséquent une servitude discontinuée (1). Vraiment, cela n'est pas sérieux. Est-ce que par hasard il ne faut pas le fait

(1) Bourges, 8 décembre 1841 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 661, 1°).



de l'homme pour construire et reconstruire une maison ? les plantations ne sont-elles pas faites dans un esprit de perpétuité aussi bien que les bâtiments ? la servitude ne s'exerce-t-elle pas d'elle-même, en ce sens qu'elle consiste à avoir et à conserver des arbres sans observer de distance ? Les auteurs ajoutent à ces distinctions des subtilités tout aussi inadmissibles. La maison, disent-ils, est reconstruite dans des conditions semblables à celles de la maison démolie; elle peut donc être considérée comme étant toujours la même, tandis que les arbres nouveaux sont nécessairement différents des arbres anciens qu'ils remplacent, ils peuvent avoir plus de vigueur et devenir plus nuisibles (1). Faut-il demander si c'est un arbre ayant telle vigueur qui a été prescrit ? ou est-ce un arbre de telle essence, à haute ou à basse tige ? La vue restera identique, si les fenêtres ont la même hauteur et la même largeur, bien que le verre nouveau soit plus clair, et partant la servitude plus onéreuse. Il en sera de même des arbres; ils seront les mêmes, s'ils sont de la même essence, quoique l'un devienne vigoureux et que l'autre reste chétif.

L'article 665 vient à l'appui de notre doctrine : lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison. Cette disposition est générale, elle s'applique à toute espèce de servitudes; on peut donc l'invoquer par analogie quand il s'agit du droit de plantation. C'est encore une raison décisive, à laquelle les arrêts ne parviennent pas à répondre. La cour de cassation de Belgique dit que l'article 665 établit un droit exceptionnel (2). C'est une méprise échappée à notre magistrature suprême; la disposition est si peu une exception, que l'on a dit qu'elle est inutile, puisqu'elle ne fait qu'appliquer le principe général établi par l'article 704. Nous trouvons la même erreur dans un arrêt de la cour de Toulouse (3), lequel se prévaut de ce que le principe ne reçoit pas d'application en matière d'usufruit. Eh ! qu'importe ? Il s'agit,

(1) Duranton, t. V, p. 430, n° 491. Demolombe, t. XI, p. 561, n° 501.

(2) Arrêt de rejet du 18 juin 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 112).

(3) Toulouse, 1<sup>er</sup> mars 1855 (Daloz, 1855, 2, 330).

non d'usufruit, mais de servitudes réelles, et l'article 704 est si explicite que nous croyons inutile d'insister.

Les articles 704 et 665 répondent encore à une autre objection que l'on trouve dans les mêmes arrêts (1). La libération des fonds est favorable, dit-on, et la prescription est de stricte interprétation; deux arguments qui conduisent à la même conséquence, à savoir que les arbres une fois coupés ne peuvent être remplacés par une nouvelle plantation. Sans doute, la liberté des fonds est favorable, ce qui n'empêche pas la loi de favoriser les servitudes, à ce point qu'elle les fait revivre, selon l'expression de l'article 704. Si toutes les servitudes revivent, pourquoi en serait-il autrement des plantations ? Il faudrait une exception à l'article 704, et d'exception il n'y en a pas. L'argumentation que l'on nous oppose se retourne donc contre l'opinion que nous combattons : elle crée réellement une exception sans texte et sans motifs suffisants puisés dans la nature même de la servitude (2).

Nous devons ajouter que l'opinion contraire est consacrée non-seulement par la jurisprudence, mais qu'elle a aussi reçu une espèce de sanction législative. En France, l'ordonnance réglementaire du code forestier (1<sup>er</sup> août 1827) porte que « les plantations ou réserves destinées à remplacer les arbres actuels de lisière seront effectuées en arrière de la ligne de délimitation des forêts, à la distance prescrite par l'article 671 du code civil » (art. 176). Cela n'empêche pas la question de rester entière au point de vue du droit privé, mais c'est une autorité en faveur de l'opinion générale.

14. Il y a encore quelque difficulté concernant la destination du père de famille. Dans la théorie du code civil, elle vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes, c'est-à-dire que ces servitudes s'acquièrent par destination du père de famille. On demande si le droit de maintenir les arbres à une distance moindre que la distance

(1) Comparez Rennes, 19 juin 1838 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 636).

(2) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. II, p. 215, note 20. Le seul auteur qui paraisse se prononcer pour l'opinion que nous avons soutenue, c'est Mourlon, t. 1<sup>er</sup>, p. 788, note.



légale peut être établi par destination. La décision dépend de l'opinion que l'on adopte sur la nature de ce droit. Si l'on considère la prohibition de planter comme une servitude dont on libère son fonds par la prescription de trente ans, il faut rejeter la destination du père de famille : en effet, la destination n'est pas un mode d'extinction des servitudes, c'est un mode d'acquérir les servitudes continues et apparentes (1). Dans notre opinion, la question n'est pas douteuse. La prohibition de planter établie par l'article 671 n'est pas une servitude, c'est une de ces restrictions que la propriété reçoit dans l'état de société, donc une condition générale de la propriété. On peut par prescription acquérir le droit de maintenir les arbres plantés à une distance moindre que la distance légale ; à plus forte raison peut-on acquérir ce droit par titre. Puisqu'il s'agit d'acquérir une servitude sur le fonds du voisin, il y a lieu d'appliquer l'article 692, car la servitude est continue et apparente. Cette doctrine était déjà reçue dans l'ancien droit (2), ce qui implique que l'on ne considèrerait pas la prohibition de planter comme une servitude. Elle est aussi consacrée par la jurisprudence sous l'empire du code Napoléon, ce qui logiquement conduit à l'opinion que nous avons enseignée sur le caractère des servitudes dites légales (3).

Autre est la question de savoir si le droit de remplacer des arbres plantés à une distance moindre que la distance légale peut s'acquérir par la destination du père de famille. Dans l'opinion générale, on admet que le titre seul peut établir ce droit (4). Si l'on peut acquérir ce droit par titre, pourquoi pas par destination, puisque la destination vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes ? A vrai dire, c'est une convention tacite, et pourquoi une convention tacite n'aurait-elle pas le même effet qu'une convention expresse ? Nous cherchons vainement une raison

(1) Il y a un jugement en ce sens du tribunal de Beaune, du 3 juillet 1851 (Daloz, 1854, 1, 233).

(2) Rennes, 3 juillet 1813 (Daloz, au mot *Servitude*, n° 659).

(3) Bastia, 3 mars 1856 (Daloz, 1856, 2, 85); Paris, 15 juin 1865 (Daloz, 1865, 2, 199). Aubry et Rau, t. II, p. 216, note 21.

(4) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. II, p. 216, note 22.

juridique de cette différence. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que l'article 692, même en l'appliquant à la libération aussi bien qu'à l'acquisition de certaines servitudes, aurait seulement pour effet de donner à l'acquéreur le droit de conserver les arbres existant à la distance prohibée, lors de la séparation des fonds primitivement réunis dans les mains du père de famille qui en a disposé ; mais que ce droit ne saurait s'étendre aux arbres plantés, semés ou accrus depuis cette époque (1). La cour de cassation ne décide que par hypothèse. Dans son opinion sur la nature des servitudes légales, elle ne devait pas hésiter. Puisque la prohibition de l'article 671 est une servitude, il s'agit de libérer le fonds d'une servitude ; or, le code civil ne place pas la destination du père de famille parmi les causes d'extinction des servitudes ; donc il fallait la rejeter d'une manière absolue, au lieu de l'admettre hypothétiquement. Mais une fois qu'on l'admet, elle vaut titre, elle constitue un titre ; pourquoi ce titre ne pourrait-il pas donner le droit de renouveler les plantations ? Telle est la vraie difficulté, et la cour la décide par une simple affirmation : mais affirmer n'est pas prouver. La destination implique une idée de perpétuité ; donc quand le père de famille plante, c'est avec la volonté de maintenir ses plantations ; or, on ne les peut maintenir qu'en les renouvelant. Il y a donc plantation avec intention de remplacer les arbres : cela est décisif.

#### N° 3. DROIT DU VOISIN QUANT AUX BRANCHES ET AUX RACINES.

**15.** L'arbre peut empiéter sur le fonds du voisin quand le tronc, les branches ou les racines s'y étendent. Aux termes de l'article 672, celui sur l'héritage duquel avancent les branches peut contraindre le voisin à les couper ; si ce sont des racines, il a le droit de les couper lui-même. Quant au tronc de l'arbre, il peut exiger qu'il soit arraché, s'il n'est pas planté à la distance légale. Si donc l'arbre a été planté à la distance légale, il ne peut être arraché, alors

(1) Arrêt de rejet du 28 novembre 1853 (Daloz, 1854, 1, 233).