

servitude; si le propriétaire du fonds servant succombe dans cette instance, il en devra supporter les frais (1).

II. A l'égard des tiers.

154. Sous l'empire du code civil, la propriété des immeubles se transférait à l'égard des tiers comme entre les parties, par le seul effet du contrat, c'est-à-dire par le concours de volontés des parties contractantes. Ce principe s'appliquait également à la transmission des droits réels, tels que les servitudes. Il recevait exception pour les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques (art. 939); les servitudes ne pouvant être hypothéquées, la donation d'une servitude n'était pas sujette à transcription. Nous exposerons le système du code civil au titre des *Obligations*.

155. Il a été profondément modifié, en France et en Belgique, par les lois nouvelles qui ont prescrit la transcription des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers. Aux termes de l'article 1^{er} de notre loi hypothécaire, ces actes doivent être transcrits pour qu'on puisse les opposer aux tiers de bonne foi. Au titre des *Obligations*, nous dirons les motifs de cette importante innovation. Pour le moment, nous nous bornons à constater les principes, et les conséquences qui en découlent quant aux servitudes. Entre les parties, la servitude existe dès que l'acte juridique qui la constitue a reçu sa perfection. Est-ce un acte à titre gratuit, il faut observer les formes prescrites pour les donations et les testaments, mais il ne faut pas de transcription. A l'égard des tiers, il faut distinguer. D'après la loi nouvelle (du 16 décembre 1851), la donation d'une servitude est soumise à la transcription, car l'article 1^{er} veut que les actes entre vifs à titre gratuit translatifs de *droits réels immobiliers* soient transcrits; il déroge sous ce rapport à l'article 939 du code Napoléon. La loi hypothécaire n'exige pas la transcription des actes de dernière

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 76 et notes 25 et 26. Duranton, t. V, p. 592, nos 580 et 581. Pardessus, t. II, p. 130, n° 296. Toullier, t. II, p. 338, n° 722.

volonté : une servitude établie par testament ne devrait donc pas être transcrite. L'innovation est plus profonde encore en ce qui concerne les actes à titre onéreux. D'après le code civil, il ne fallait pas d'écrit pour la validité de la servitude, ni entre les parties, ni à l'égard des tiers. D'après la loi nouvelle, la servitude n'existe à l'égard des tiers que lorsque l'acte qui la constate a été transcrit; il faut donc un écrit, et en principe un écrit authentique, puisque la loi n'admet à la transcription que les jugements, les actes notariés et les actes sous seing privé reconnus en justice ou devant notaire (art. 2). Il n'y a pas à distinguer entre les servitudes apparentes et les servitudes non apparentes; car la loi est générale, elle s'applique à tous droits immobiliers : la distinction entre les diverses espèces de servitudes, proposée lors de la discussion de la loi belge, n'a pas été admise, l'intérêt des tiers exigeant que le registre aux transcriptions leur donne des renseignements exacts et complets sur les droits qui peuvent grever un immeuble. Le système de publicité, introduit en Belgique par la loi du 16 décembre 1851, a aussi été consacré en France par une loi spéciale sur la transcription du 23 mars 1855 (1).

N° 2. QUI PEUT CONSTITUER UNE SERVITUDE?

156. Le code ne le dit pas, mais les principes ne laissent aucun doute. Comme la servitude est un démembrement de la propriété, elle constitue une aliénation partielle de l'immeuble; or, le propriétaire seul peut aliéner, car aliéner est un des attributs essentiels du droit de propriété. Il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut encore avoir la capacité d'aliéner; les incapables qui, tout en étant propriétaires, ne peuvent pas exercer les droits qui sont attachés à la propriété; ne pouvant pas disposer, ils ne peuvent par cela même constituer une servitude.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 74 et suiv.

Est-ce à dire que la constitution soit nulle? Non; vainement le copropriétaire dit-il qu'il établit la servitude pour sa part; dans le système du code, on ne sait pas, tant que dure l'indivision, qui sera propriétaire de l'immeuble; le droit de tous les communistes porte sur tout l'immeuble, c'est le partage qui déterminera à qui il a toujours appartenu. Et c'est aussi par le partage que l'exercice de la servitude deviendra possible. La servitude est un droit réel, elle suppose une chose déterminée dans laquelle elle s'exerce : conçoit-on le droit de passer pour un tiers sur un immeuble indivis?

159. L'usufruitier peut-il établir une servitude sur le fonds dont il a la jouissance? Ici les interprètes ont reproduit les subtilités dont les auteurs du code croyaient avoir tari la source. On convient, et la chose est évidente, que l'usufruitier n'a point, à *proprement parler*, droit de le grever de servitudes qui obligent le propriétaire de ce fonds. Il peut néanmoins, dit Pardessus, concéder quelques droits, *semblables* pour leur exercice et leurs *effets matériels* aux servitudes, pourvu qu'ils n'affectent que sa jouissance (1). Il y aurait donc deux espèces de servitudes, les unes des servitudes à *proprement parler*, les autres que l'on ne sait trop comment qualifier, *matérielles, usufructuaires*. Qu'est-ce en définitive? Défions-nous de ce qui est vague et indéfini, cela n'est pas juridique. Non, l'usufruitier ne peut pas grever le fonds de servitudes, par la raison décisive qu'il n'est pas propriétaire; il n'a qu'une possession précaire à l'égard du nu propriétaire; celui-ci peut consentir des servitudes, comme nous l'avons dit ailleurs (2), par cela même l'usufruitier ne le peut pas. Il peut sans doute permettre à un voisin de passer, de puiser de l'eau, de faire tous les actes qui constituent des servitudes, mais ce ne seront pas des servitudes, et s'il prenait l'engagement de les souffrir, il n'en résulterait qu'un droit de créance, une obligation qui lui serait personnelle et qui, à ce titre, ne passerait pas à l'acheteur du droit d'usufruit.

(1) Pardessus, t. II, p. 18, n° 247. Comparez Demolombe, t. XII, p. 237, n° 736. Aubry et Rau, t. III, p. 72 et note 4.

(2) Voyez le tome VII de mes *Principes*, n° 36, p. 47.

II. Capacité d'aliéner.

160. Tout le monde est d'accord que, pour constituer une servitude, il faut être capable d'aliéner le fonds. Sur ce point il y a un texte que l'on doit appliquer par voie d'analogie : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent » (art. 2124 et loi hypothécaire belge, art. 73). Toutefois, dans l'application du principe, il y a quelque confusion. L'on va voir combien il importe en droit d'être précis; le défaut de précision conduit à des erreurs jusque dans les matières les plus simples.

Quelles sont les personnes capables ou incapables d'aliéner? Duranton répond que cette condition n'est autre chose que l'application du droit commun, tel que l'établit l'article 1124 en disant : « Les incapables de contracter sont les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans les cas déterminés par la loi. » Il résulterait de là qu'aucun de ces incapables ne peut établir une servitude. Cela n'est pas exact. Une servitude peut être léguée; or, la femme mariée peut tester sans autorisation maritale (art. 226); elle peut donc aussi léguer une servitude sans y être autorisée. Il en est de même du mineur (art. 904). D'un autre côté, la servitude peut être constituée par donation; or, la loi exige une capacité spéciale pour faire une donation; c'est donc cette capacité spéciale qu'il faut pour donner une servitude; la capacité générale de contracter ne suffit pas. Nous concluons que le constituant doit avoir la capacité d'aliéner, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, suivant le caractère de la disposition (1).

Il peut arriver qu'un incapable ait la capacité de contracter : cela suffit-il pour qu'il ait le droit de consentir une servitude? Il faudrait répondre oui, d'après le principe, tel que Duranton l'a formulé. Ce serait une erreur. La femme mariée qui est séparée de biens peut contracter

(1) Duranton, t. V, p. 550, n° 537. Demolombe, t. XII, p. 237, n° 754.

pour les besoins de son administration ; néanmoins elle ne peut pas consentir une servitude, car elle ne peut aliéner ses immeubles (art. 1449, 1536 et 1576). La capacité de contracter ne doit donc pas être confondue avec la capacité d'aliéner. Il en est de même du mineur émancipé ; il peut s'obliger pour les besoins de son administration, mais il reste incapable de disposer de ses biens (art. 484), donc incapable de constituer une servitude.

161. Si une personne incapable d'aliéner constitue une servitude, l'acte sera-t-il nul ? Qui peut demander la nullité ? Sous quelles conditions ? Sur tous ces points, on applique les principes généraux, tels que nous les avons exposés au premier livre, en ce qui concerne les femmes mariées, les interdits et les personnes placées sous conseil. Quant aux mineurs, le siège de la matière est au titre des *Obligations*. Duranton dit que les mineurs ne pourront attaquer une constitution de servitude que pour cause de lésion (1). Cela n'est pas exact. Quand même la convention ne leur causerait aucun préjudice, ils en peuvent demander la nullité, si les formes prescrites pour les aliénations n'ont pas été observées (art. 457-459) ; en effet, l'acte serait nul en la forme, donc attaquant pour inobservation des formes, quand même le mineur ne serait pas lésé (article 1311). Il en serait de même si la servitude était consentie par une femme mariée, par un interdit, un prodigue ou un faible d'esprit ; les actes qu'ils passent sans observer les formes prescrites par le code sont nuls, abstraction faite de tout préjudice. La loi prescrit des formes pour la garantie des incapables ; ils sont donc lésés par cela seul qu'ils n'ont pas joui des garanties que la loi a voulu leur assurer.

162. Celui qui a établi une servitude sur un immeuble, peut-il en constituer de nouvelles ? En principe, oui, puisque la servitude n'est qu'un démembrement partiel de la propriété, et la propriété peut être restreinte de mille manières différentes. Il y a cependant une restriction à ce droit : c'est qu'aux termes de l'article 701, « le propriétaire du

(1) Duranton, t. V, p. 550, n° 538.

fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. » La servitude établie sur un immeuble donne un droit au propriétaire du fonds dominant ; ce droit ne peut lui être enlevé par une nouvelle servitude ; il affecte l'héritage servant, le maître n'en peut plus disposer que dans l'état de démembrement où il se trouve. Il faut donc que la nouvelle servitude soit compatible avec celle qui grève déjà le fonds. Quand est-elle compatible, quand ne l'est-elle pas ? Ceci est une question de fait (1). Le propriétaire du fonds dominant doit prouver que la nouvelle servitude lui cause un préjudice, en rendant sa servitude moins avantageuse ou plus incommode ; le seul fait qu'il existe déjà une servitude sur le fonds ne suffit pas pour motiver une plainte, puisque c'est le droit du propriétaire du fonds servant (2). Ce que nous disons du propriétaire qui a constitué la servitude, s'applique naturellement au cas où un fonds grevé de servitude est possédé par un tiers détenteur.

163. Un immeuble hypothéqué peut-il être grevé de servitude par le débiteur qui a consenti l'hypothèque ? Il faut appliquer à l'hypothèque le principe que nous venons d'établir pour les servitudes. Celui qui a hypothéqué un fonds en conserve la propriété et le droit d'en disposer, donc le droit de consentir de nouvelles restrictions à sa propriété. Entre les parties, ces concessions sont parfaitement valables. Quant aux tiers qui ont déjà un droit réel sur la chose, leur droit ne peut pas être altéré par une concession nouvelle. Notre loi hypothécaire a consacré ce principe (art. 45). Il donne lieu à de grandes difficultés dans l'application ; nous y reviendrons au titre des *Hypothèques* (3).

(1) Toullier, t. II, p. 258, n° 572. Demolombe, t. XII, p. 241, n° 747. Aubry et Rau, t. III, p. 72 et note 6.

(2) Rennes, 14 mars 1818 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1162, 1°).

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 72 et note 7. Duranton, t. V, p. 555, n° 546. 547. Demolombe, t. XII, p. 243, n° 748, 749.

N° 3. QUI PEUT ACQUÉRIR UNE SERVITUDE

164. Les auteurs s'accordent à enseigner que, pour acquérir une servitude, on doit être propriétaire du fonds en faveur duquel elle est établie. Il faut ajouter que le propriétaire du fonds dominant doit aussi être capable de recevoir à titre gratuit, si la servitude est donnée ou léguée, et qu'il doit être capable de contracter, si la servitude est constituée à titre onéreux. Sur la condition de capacité, il n'y a aucun doute ni aucune difficulté; on applique les principes généraux. Il n'en est pas de même de la condition de propriété. Pourquoi faut-il être propriétaire du fonds au profit duquel la servitude est stipulée? Et si le stipulant n'est pas propriétaire, la servitude est-elle nulle? Sur ces questions, il y a une grande incertitude dans la doctrine.

Acquérir une servitude, c'est améliorer la condition du fonds dominant, et comme c'est au profit du fonds que la servitude est acquise et non au profit de la personne, on pourrait croire que tout détenteur du fonds peut stipuler une servitude, pourvu qu'il soit capable de contracter et de recevoir, comme nous venons de le dire. Pourquoi donc la doctrine pose-t-elle en principe qu'il faut être propriétaire? C'est précisément parce que c'est le fonds qui acquiert la servitude; mais comme le fonds ne peut pas parler au contrat, il faut qu'il y soit représenté; par qui? Tout détenteur a-t-il qualité pour parler au nom du fonds? Non; il faut qu'il y ait un lien entre le possesseur et le fonds, et ce lien doit être permanent, perpétuel, puisque la servitude est acquise dans un esprit de perpétuité. De là suit que les simples détenteurs qui n'ont aucun droit sur le fonds ne peuvent pas stipuler une servitude au nom du fonds : tels sont les locataires et les fermiers. Sur ce point il n'y a aucun doute, et il nous mettra sur la voie du vrai principe. Duranton demande pourquoi le fermier et le locataire n'ont pas qualité pour acquérir une servitude? Il répond parce que l'on ne peut pas stipuler en son propre nom pour autrui (art. 1121); or, en stipulant une servi-

tude pour le fonds qu'il tient à bail, le preneur stipule réellement pour autrui, car il n'y a aucun lien entre lui et le fonds, le bail n'engendrant, en principe, qu'un lien d'obligation entre le preneur et le bailleur. Il est sans intérêt comme sans droit. En effet, que lui importe que le fonds acquière une servitude? Pendant la durée de son bail, il y est sans doute intéressé, mais pour satisfaire cet intérêt, il n'est pas nécessaire de stipuler une servitude, un droit de créance suffit (1). Le principe est donc qu'il faut avoir un droit dans le fonds, et que ce droit doit être permanent, perpétuel; ce qui nous conduit à la conséquence que le propriétaire seul peut acquérir une servitude, car lui seul a avec le fonds ce lien permanent qui permet de parler en son nom. Tout autre détenteur, eût-il un droit réel, est sans qualité, puisque les droits réels ne sont que temporaires, et ne donnent par conséquent ni intérêt ni qualité pour stipuler un droit perpétuel (2).

Dans l'application, la plupart des auteurs dévient du principe que nous venons de formuler, et qui est celui du droit romain (3). Ils traitent la doctrine romaine de subtilité. Qu'est-ce à dire? Une doctrine est-elle fautive par cela seul qu'elle est subtile? Il faudrait au moins prouver en quoi elle est fautive à force d'être subtile. Et si le principe tel que les jurisconsultes romains l'ont formulé est faux, il faut dire quel est le vrai principe. On chercherait vainement une réponse à ces questions dans les auteurs; les meilleurs se bornent à décider les difficultés qui se présentent, tantôt par une raison, tantôt par une autre (4). Cela n'est plus un principe, c'est l'absence de tout principe. C'est ce que nous allons voir en entrant dans les détails.

165. Le copropriétaire peut-il acquérir une servitude pour le fonds qui lui appartient en partie? D'après notre principe, non, en ce sens du moins que celui qui n'est pro-

(1) Duranton, t. V, p. 559, n° 549.

(2) Taulier, *Théorie du code civil*, t. II, p. 437.

(3) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n° 9.

(4) Aubry et Rau, t. III, p. 73 et suiv., et notes 10-12, et les auteurs qui y sont cités.