

## 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.

priétaire du fonds que pour un tiers ou un quart n'a pas qualité pour stipuler au nom de ce fonds, alors que la servitude doit profiter à tout le fonds. Mais ce principe abstrait est modifié par la règle que le code civil établit sur les effets du partage. Puisqu'il est déclaratif de propriété, on ne peut pas décider définitivement, aussi longtemps que dure l'indivision, si le communiste qui a acquis la servitude avait qualité ou non pour parler au nom de l'héritage commun ; c'est le partage qui décidera la question, comme nous l'avons dit plus haut (n° 158).

Pardessus traite la théorie romaine de subtilité. Mais lui-même n'admet pas que l'acquisition de la servitude faite par un copropriétaire soit pleinement valable. Celui qui deviendra propriétaire du fonds dominant, en vertu du partage, ne sera pas lié par le contrat, dit-il, mais le propriétaire du fonds servant le sera. Sur quoi repose cette distinction ? La communauté, dit-on, donne le droit de faire ce qui est profitable aux communistes ainsi qu'à celui qui stipule. Qu'en faut-il conclure ? Que la servitude est valablement constituée ? Non, car la stipulation ne lie pas le propriétaire du fonds dominant. Donc, en réalité, le droit réel n'existe pas. Demolombe a encore une autre raison : on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même (1). On abuse singulièrement de l'article 1121. Où est, dans l'espèce, la stipulation principale qui valide la stipulation accessoire faite au profit d'un tiers ? Il n'y a qu'une seule et même stipulation : est-elle valable ou ne l'est-elle pas ? engendre-t-elle une servitude, oui ou non ? Il faut un principe quelconque pour décider la question.

Merlin donne un singulier effet aux servitudes stipulées par un copropriétaire : « Elles vaudront pour la totalité du fonds, par la nature des choses ; mais le droit en résidera toujours dans la personne du propriétaire qui a stipulé cet avantage, et il dépendra de lui d'y renoncer quand il jugera à propos (2). » N'est-ce pas dire que la servitude

(1) Pardessus, t. II, p. 40, nos 262 et 263. Demolombe, t. XII, p. 256, n° 761 ; Duranton, t. V, p. 561, n° 550.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Servitude*, § XI, n° 2 t XXXI, p. 57.

sera tout ensemble réelle et personnelle ? En vérité, il ne valait pas la peine de répudier les subtilités romaines, pour aboutir à de nouvelles subtilités qui ont le tort d'être moins juridiques que celles que l'on reproche aux juriconsultes romains. Nous devons ajouter que Voet s'était déjà écarté de la rigueur romaine (1). Soit ; que l'on admette un autre principe, nous le voulons bien ; mais quel est ce principe ? et où est-il écrit ? Sur chaque question, on établit un principe différent.

**166.** Le possesseur peut-il acquérir une servitude pour le fonds qu'il possède ? D'après notre principe, non. Le possesseur n'a pas même un droit réel dans le fonds ; il peut d'un instant à l'autre être évincé, et s'il l'est, il est prouvé qu'il n'a eu aucune qualité pour parler au nom du fonds ; il est un tiers, et la stipulation qu'il fait n'a que la force d'un simple lien d'obligation. On enseigne généralement l'opinion contraire. Demanderons-nous en vertu de quel principe ? Il y a autant de principes que d'auteurs. Le possesseur, dit Toullier, peut acquérir des servitudes, et celui qui les aurait accordées ne pourrait révoquer son consentement, car ce n'est pas à la personne, mais au fonds que la servitude est concédée (2). On pourrait faire le même raisonnement quant au preneur. Il y a donc des détenteurs qui peuvent stipuler au nom du fonds, et il y en a d'autres qui ne le peuvent pas. Quel est le principe d'après lequel on décidera de la capacité ? Pour le possesseur, la question est bien simple : n'ayant pas de droit réel, il n'y a pas de lien entre lui et le fonds. Le possesseur a, il est vrai, certains droits, mais ces droits mêmes témoignent contre lui ; en effet, la possession, qui est un fait, ne donne d'autres droits que ceux que la loi y attache expressément ; il suffit donc que le code ne lui donne pas le droit de stipuler une servitude pour le lui refuser.

Duvergier n'approuve pas le motif allégué par Toullier. Selon lui, le propriétaire du fonds servant est lié par une stipulation valable dont le propriétaire du fonds peut ré-

(1) Voet, *Commentar.*, VIII, 4, 10, p. 518.

(2) Toullier, t. II, p. 260, n° 576.

clamer le bénéfice. Si nous comprenons bien, le cas rentrerait sous l'application de l'article 1121. Nous demanderons de nouveau où est la stipulation accessoire faite en faveur d'un tiers? Peut-on dire que le possesseur stipule en faveur du propriétaire, alors qu'il se croit lui-même propriétaire, s'il est de bonne foi? Que s'il est de mauvaise foi, il veut dépouiller le propriétaire : et peut-on dire que celui qui dépouille le propriétaire stipule en sa faveur?

Admettons que le propriétaire du fonds pour lequel la servitude est acquise puisse réclamer le bénéfice de la stipulation. Si la servitude a été établie à titre onéreux, le propriétaire devra-t-il payer le prix de la concession? Non, dit Pardessus, il n'est pas tenu de maintenir la servitude. Est-ce un droit réel que celui dont l'existence dépend de la volonté du propriétaire? Duvergier veut que l'on applique l'article 555 (1). Cet article distingue entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi; faudra-t-il faire la même distinction quand le possesseur a constitué une servitude? Dans quel dédale de difficultés on se jette quand on s'écarte des principes!

**167.** L'usufruitier peut-il acquérir une servitude pour le fonds dont il a la jouissance? Sur cette question les auteurs se divisent. Duranton place l'usufruitier sur la même ligne que le fermier (2). L'assimilation n'est pas exacte en théorie, puisque l'usufruitier a un lien avec le fonds dans lequel il a un droit réel. Mais ce lien est-il suffisant pour qu'il puisse parler au nom du fonds? En droit romain, il ne le pouvait pas. Proudhon lui-même crie à la subtilité. La prétendue subtilité n'est que le droit dans sa finesse et dans sa rigueur. Notre code range l'usufruitier parmi les possesseurs précaires; en effet, il doit rendre le fonds au nu propriétaire de qui il le tient. Détenteur temporaire, il est sans droit et sans intérêt quand il s'agit de stipuler un avantage, non pour le temps de sa jouissance, mais

(1) Pardessus, t. II, p. 37, n° 260. Duvergier sur Toullier, t. II, p. 260, note a.

(2) Duranton, t. V, p. 561, n° 550. Proudhon, *De l'usufruit*, t. III, p. 424, n° 1452 et 1453.

pour le fonds. En ce sens, Duranton a raison de l'assimiler au fermier.

Toute servitude stipulée par l'usufruitier est-elle acquise au fonds? On distingue dans l'opinion générale. Si l'usufruitier stipule la servitude pour son avantage personnel, on décide que la servitude n'est pas acquise au fonds : telle serait une servitude établie à titre gratuit. Mais peut-il y avoir une servitude stipulée pour l'avantage personnel de l'usufruitier? Serait-ce là une servitude? n'est-il pas de l'essence de la servitude d'être établie pour le fonds (1)? Reste à savoir, dans l'opinion générale, quand la servitude est constituée dans l'intérêt de l'usufruitier, quand elle le sera dans l'intérêt du fonds : c'est une nouvelle difficulté, et elle donne lieu à un nouveau dissentiment. Les uns répondent que l'usufruitier est *préssumé* avoir acquis la servitude *in perpetuum*, et pour l'avantage du fonds, à moins que le contraire ne résulte du titre constitutif (2). D'autres sont un peu moins explicites et se contentent de dire que l'usufruitier sera facilement censé avoir entendu agir pour le fonds, par conséquent au nom du propriétaire, sauf pour celui-ci la faculté de ratifier (3). Ainsi il faut une ratification? Non, dit Proudhon, car l'usufruitier a un mandat tacite pour faire, dans l'intérêt du maître, tout ce qui peut être utile à la chose soumise à sa jouissance. Nous avons examiné ailleurs la théorie du mandat dont l'usufruitier serait investi; nous y renvoyons (4).

**168.** Le mandataire, dit-on, ainsi que le gérant d'affaires peuvent stipuler une servitude (5). Quand il s'agit d'un mandat ordinaire, l'article 1988 décide que, s'il est conçu en termes généraux, il ne concerne que les actes d'administration. Est-ce que acquérir une servitude est un acte d'administration? La question est douteuse, puisque le code ne définit pas ce qu'il entend par acte d'administration. Nous serions porté à répondre affirmativement. Le

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 167, n° 144.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 73, note 11 et les auteurs qui y sont cités.

(3) Demante, t. II, p. 637, n° 541 bis V.

(4) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 59, n° 46.

(5) Aubry et Rau, t. III, p. 74.

mandataire général pourrait acheter, donc acquérir la propriété; à plus forte raison peut-il acquérir un démembrement de la propriété. Nous reviendrons sur la question au titre du *Mandat*. Il faut appliquer le même principe aux administrateurs légaux, tels que le tuteur et le mari; il est certain qu'ils peuvent acheter des immeubles, donc ils peuvent aussi stipuler des services fonciers.

**169.** Un porte-fort peut-il acquérir une servitude? La plupart des auteurs disent qu'il le peut (1). Comment concilier cette opinion avec l'article 1121? Aux termes de l'article 1119, on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même. L'article 1120 apporte une restriction à ce principe, pour ce qui concerne les promesses; il permet de se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci. Puis vient l'article 1121, qui autorise aussi, dans certains cas, la stipulation au profit d'un tiers, mais il ne reproduit pas l'exception établie par l'article 1120 pour les promesses de ceux qui se portent fort. Donc on ne peut pas stipuler pour un tiers en se portant fort pour lui (2). Nous reviendrons sur ce point au titre des *Obligations*, où nous expliquerons également les cas dans lesquels la stipulation pour un tiers devient valable en vertu de l'article 1121.

**170.** Il reste une dernière question en cette matière, si élémentaire tout ensemble et si difficile. La servitude est stipulée par un propriétaire dont le droit est résoluble: la servitude subsiste-t-elle en cas de résolution? A notre avis, la question seule est une hérésie. Celui dont la propriété est résolue est censé n'avoir jamais été propriétaire ni possesseur; en vertu de quel principe pourrait-il parler au nom d'un fonds sur lequel il n'a eu aucun droit? M. Demolombe distingue. Si le propriétaire sous condition n'a entendu acquérir la servitude que pour son propre compte et pour la durée seulement éventuelle de son droit, alors évidemment la servitude s'éteint avec le droit personnel du stipulant. Mais s'il a stipulé la servitude en

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 74 et note 12, et les auteurs qui y sont cités.  
(2) C'est l'opinion de Duranton, t. V, p. 560, n° 549.

termes absolus pour le fonds, dans ce cas, dit-on, l'ancien propriétaire peut demander le maintien de la servitude. Et les raisons? D'abord, dit-on, le propriétaire sous condition peut améliorer la condition du fonds. Est-ce bien de cela qu'il s'agit? Avant de répondre qu'il peut améliorer la condition du fonds en stipulant une servitude, il faut voir s'il a le droit de parler au nom du fonds; or, le propriétaire seul a ce droit, et celui dont la propriété est résolue n'a jamais été propriétaire. Nous n'insistons pas sur la question, parce que nous ne la considérons pas comme douteuse (1).

#### N° 4. MODALITÉ.

**171.** Les servitudes peuvent-elles être établies à temps ou sous condition? On l'admettait en droit romain, au moyen d'une exception de dol. En droit moderne, la nécessité de cette exception n'existe plus. Il est de principe que les parties intéressées peuvent faire telles conventions qu'elles jugent convenables. L'article 686 applique ce principe aux servitudes; il n'y apporte qu'une restriction qui résulte du droit commun; « pourvu que les services n'aient rien de contraire à l'ordre public. » Or, l'ordre public est hors de cause quand il s'agit d'un terme ou d'une condition (2).

Par application de ce principe, il faut décider que l'on peut établir une servitude sur un fonds que l'on se propose d'acquérir. C'est l'opinion générale (3). Il y a cependant un léger motif de douter. L'article 1174 dit que « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. » N'y a-t-il pas condition potestative dans l'espèce, puisque celui qui promet la servitude est libre d'acquérir ou de ne pas acquérir le fonds sur lequel la servitude doit être constituée? On répond, et la réponse est décisive, que sans

(1) Duranton, t. V, p. 563, n° 554, 555. En sens contraire, Demolombe, t. XII, p. 254, n° 758, d'après Demante, t. II, p. 654, n° 560 bis.

(2) Demolombe, t. XII, p. 209, n° 703.

(3) Toullier, t. II, p. 260, n° 578. Duranton, t. V, p. 485, n° 443.