

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.

doute le promettant est libre de ne pas acheter, mais s'il achète, il n'est pas libre de ne pas établir de servitude sur le fonds, la servitude existe malgré lui; donc il est lié, et partant il n'y a pas de condition potestative.

Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Montpellier, on a fait une autre objection; la convention a été attaquée comme n'étant faite qu'en faveur de la personne. En vertu d'anciens actes, les habitants d'une commune avaient stipulé le droit de se servir des eaux d'un canal, pour les terres leur appartenant dans cette commune, ainsi que pour toutes celles qu'ils possédaient ou pourraient posséder à l'avenir hors de son territoire. Ce dernier droit leur fut contesté, parce que, étant stipulé pour des fonds que les habitants ne possédaient pas encore, la stipulation était réellement faite par des considérations purement personnelles, ce qui est contraire à l'article 686, lequel ne permet pas de stipuler des services fonciers en faveur de la personne. L'objection n'était pas sérieuse; tout ce qu'il y a de personnel dans la constitution d'une servitude pareille, c'est qu'il faut être habitant de la commune pour en profiter; du reste elle est stipulée, non pour l'usage des personnes, mais pour l'utilité des héritages. C'est une servitude conditionnelle; or, rien n'empêche de constituer une servitude sous condition (1).

§ II. Destination du père de famille.

NO 1. DÉFINITION.

172. Aux termes de l'article 692, « la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes. » Ce principe est emprunté aux coutumes d'Orléans et de Paris, lesquelles déclaraient que « destination de père de famille vaut titre. » Pothier nous dira ce que l'on entend par là. Deux héritages appartiennent au même maître; il emploie l'un des fonds au service

(1) Montpellier, 29 juin 1849 (Daloz, 1851, 2, 214).

de l'autre, en pratiquant, par exemple, des vues dans une maison donnant sur un autre héritage. Tant que les deux fonds restent dans la même main, le service que l'un rend à l'autre n'est pas servitude, parce que personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : c'est *destination du père de famille*. Comment cette destination, qui n'est que l'exercice du droit de propriété, peut-elle devenir une servitude? Si ces héritages, continue Pothier, viennent à appartenir à différents maîtres, soit par l'aliénation que le propriétaire fait de l'un des fonds, soit par le partage qui a lieu entre ses héritiers, le service que l'un des héritages tirait de l'autre devient un droit de servitude, sans qu'il soit besoin que par l'aliénation ou par le partage cette servitude ait été expressément constituée (1).

Comment se fait-il qu'une servitude naisse, de plein droit, au moment où les deux fonds sont séparés? Si l'on s'en tient à l'adage de l'ancien droit, destination vaut titre, on pourrait croire que la servitude naît de la volonté tacite du propriétaire qui a destiné l'un des fonds au service de l'autre et qui veut que les choses continuent de subsister dans le même état. Cela a été dit (2). Il nous semble que cette manière d'expliquer l'adage ne rend pas compte de son sens véritable. *Destination* vaut *titre*, disent nos anciennes coutumes. Et quand y a-t-il titre? Lorsque, comme le dit Pothier, les parties intéressées conviennent *expressément* que les choses resteront dans l'état où le propriétaire les avait mises, et seront maintenues à titre de servitude. Faut-il pour cela une convention expresse? Non, répond Pothier, les fonds sont vendus dans l'état où ils se trouvent; et il en est de même du partage. La volonté des parties est donc, à moins qu'elles ne disent le contraire, que le service établi par l'ancien propriétaire au profit de l'un des fonds se continue; mais les fonds appartenant désormais à des maîtres différents, le service ne se fait plus à titre de propriété, il ne peut se faire qu'à titre de servitude. C'est en ce sens que les coutumes assimilaient la destination au

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, art. 228.

(2) Durantou, t. V, p. 575, n° 568.