

On ne peut pas toujours raisonner par analogie, on ne le peut pas quand il s'agit d'exceptions. Or, l'article 701 n'est-il pas une exception à l'immutabilité du titre? Le texte même paraît restrictif. Le deuxième alinéa dit que le propriétaire du fonds servant ne peut changer l'état des lieux ni déplacer la servitude; puis le troisième alinéa permet le déplacement sous certaines conditions, mais il ne donne pas le même droit pour le changement des lieux. Il semble donc maintenir l'immutabilité du titre en ce qui concerne l'exercice de la servitude. Néanmoins nous croyons que la cour de Montpellier a bien jugé. A vrai dire, la disposition de l'article 701 n'est pas exceptionnelle; c'est plutôt l'application d'un principe que le code suit en matière de servitude; ce principe, comme nous venons de l'établir, est précisément celui de la mutabilité du titre; les besoins des fonds changeant, et la société étant intéressée à ce que les servitudes n'entravent pas les changements devenus nécessaires, la loi a dû permettre aux parties intéressées de modifier l'exercice de la servitude; et si elle permet de changer l'assiette de la servitude, elle doit, par identité de raison, permettre de changer l'état des lieux.

§ V. *Effet de la division du fonds dominant et du fonds servant.*

N° 1. DIVISION DU FONDS DOMINANT.

278. L'article 700 suppose que l'héritage dominant vient à être *divisé*; il décide que la servitude reste due pour chaque portion. Quand y a-t-il *division* dans le sens de la loi? et pourquoi maintient-elle la servitude pour chaque portion du fonds dominant? La division des fonds se fait d'ordinaire quand le propriétaire du fonds dominant vient à mourir laissant plusieurs héritiers. Il peut aussi y avoir division lorsque le propriétaire vend son héritage par parcelles. La loi ne distingue pas par quelles causes se fait la division; il faut donc décider que dans tous les cas la servitude reste due pour chaque portion.

Pardessus croit qu'en cas de vente, le propriétaire du fonds servant aurait une action en dommages-intérêts pour le préjudice qu'il souffre de la division du fonds et de l'extension de la servitude. Voilà une singulière idée. Peut-il y avoir des dommages-intérêts sans faute? Et où est la faute du propriétaire qui vend son fonds par parcelles? Celui qui use de son droit est-il en faute? On ne peut pas même dire qu'il cause un préjudice au fonds servant, car l'article 700 ajoute qu'en cas de division de l'héritage dominant, la condition du fonds assujéti ne doit pas être aggravée. Pardessus oublie encore que l'article 700 ne fait qu'appliquer un principe élémentaire de droit : la servitude est due au fonds, donc à toutes les parties du fonds, quand le fonds est divisé, n'importe par quelle cause (1).

279. Pour l'application du principe, il faut distinguer si les diverses portions de l'héritage dominant sont possédées par indivis, ou si elles sont possédées divisément par suite d'un partage. Le texte de l'article 700 implique tantôt le partage, tantôt l'indivision. En posant le principe, la loi suppose que l'héritage dominant est divisé, donc partagé; tandis que le deuxième alinéa, qui donne un exemple, suppose qu'il y a plusieurs *copropriétaires*; or, il n'y a de *copropriété* que pendant l'indivision; après le partage, il y a autant de propriétaires que de portions ou de lots (2). Faut-il conclure de là que la loi ne prévoit que l'état de division ou l'état d'indivision? Elle prévoit en réalité les deux hypothèses, seulement la rédaction n'est pas logique; quand un principe est établi pour le cas de *division*, il ne faut pas donner comme exemple un cas d'*indivision*. Mais peu importe après tout. Le principe s'applique en effet dans les deux hypothèses, en ce sens que si le fonds possédé primitivement par un seul propriétaire vient à être possédé par plusieurs, la servitude peut être exercée par tous; seulement le mode de l'exercer et les droits des propriétaires diffèrent suivant qu'il y a indivision ou partage.

(1) Demolombe, t. XII, p. 382, n° 859. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 245, n° 361. Comparez Pardessus, t. 1^{er}, n° 64, p. 154.

(2) Demolombe, t. XII, p. 379, n° 856. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 245, n° 361.

Le législateur aurait donc dû distinguer les deux cas. Nous allons le faire en prenant appui sur les principes qui régissent l'indivision et le partage, combinés avec les principes qui régissent les servitudes.

280. L'héritage dominant passe par hérédité à plusieurs personnes. Quel est leur droit pendant que dure l'indivision? Les copropriétaires jouissent en commun du fonds, et la servitude étant une qualité du fonds, ils jouissent aussi en commun de la servitude. Il n'y a rien de changé quant au droit de servitude, il est après la mort du propriétaire ce qu'il était avant, car rien n'est changé dans le fonds, sinon qu'au lieu d'un propriétaire il y en a plusieurs. Mais ce fait seul n'est-il pas un changement? et ce changement n'est-il pas une aggravation de la servitude? L'article 700 décide que la servitude reste due « sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. » Au premier abord, on ne comprend pas comment la charge resterait la même, alors que le droit est exercé par plusieurs au lieu d'être exercé par un seul. Il y a des servitudes dont l'usage est le même, quel que soit le nombre des propriétaires du fonds dominant. Une servitude d'égout des eaux pluviales ne change pas, qu'il y ait dix propriétaires du fonds dominant ou qu'il y en ait un. Par contre, il y a des servitudes dont l'exercice est plus fréquent lorsqu'il y a plusieurs propriétaires du fonds auquel elle est due. Telle est la servitude de passage; quand elle est exercée par plusieurs personnes, ne devient-elle pas plus onéreuse? et la condition du fonds assujetti n'en sera-t-elle pas aggravée? L'article 700 répond à notre question. « Ainsi, dit-il, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit. » Pendant l'indivision, cela ne fait pas de doute, puisque la servitude reste la même. Il y a cependant une difficulté : qu'importe que le chemin reste le même? S'il est plus fréquenté, n'y a-t-il pas aggravation de la servitude? La loi décide qu'il n'y a pas aggravation. Elle suppose, et telle est la rigueur des principes, que la servitude a été établie pour l'utilité du fonds dominant, sans considérer le nombre des personnes qui occupent le fonds : qu'il aug-

mente ou qu'il diminue, le droit est le même, donc aussi la charge. En d'autres mots, l'augmentation du nombre des personnes appelées à jouir de la servitude est entrée dans les prévisions de ceux qui l'ont établie; en effet, elles doivent s'attendre à un fait qui est une loi de l'humanité, la progression de la population, et la mort qui répartit les droits du défunt entre ses héritiers; un fait prévu et usuel n'est pas une aggravation de la servitude.

Dumoulin donnait une autre réponse à notre question. Partant du principe que les besoins du fonds n'augmentent pas, et que la servitude est due au fonds et non à la personne, il en conclut que si, au lieu d'un propriétaire, il y en avait plusieurs, le juge doit intervenir pour régler la manière dont la servitude sera exercée, sans qu'il en résulte une aggravation de charge (1). Cela est faisable dans certaines servitudes; si, par exemple, un droit de passage était accordé pour l'exploitation d'un fonds rural, le juge pourrait décider que les copropriétaires s'entendraient pour l'exercice du droit, de manière que le passage sera pratiqué comme il l'était du vivant de celui qui l'avait stipulé. Mais l'idée de Dumoulin est impraticable lorsque le passage est établi pour une maison; comment limiter, dans ce cas, l'usage de la servitude de manière que dix personnes ne passent pas plus qu'une seule? A vrai dire, le texte du code rejette l'opinion de Dumoulin. En effet, l'article 700 suppose qu'au lieu d'un propriétaire il y en a plusieurs; tous peuvent user du passage, sans que l'on puisse dire que la servitude soit aggravée, pourvu qu'elle s'exerce par le même endroit. Cela prouve que la loi n'a égard qu'à l'état du fonds, et qu'elle ne prend pas en considération le nombre des personnes qui usent de la servitude.

281. La loi applique le principe à une servitude indivisible, le droit de passage. Que faut-il décider si la servitude est divisible? On dit d'ordinaire que toutes les servitudes sont indivisibles. Cela est trop absolu. Dumou-

(1) Dumoulin, *Extricatio labyrinthi sexdecim legum*, n°s 49-51. Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 246, n° 361; Demolombe, t. XII, p. 381, n° 858.

lin, grand partisan de l'indivisibilité, avoue qu'il y a des servitudes divisibles, en ce sens que l'utilité qu'elles procurent au fonds dominant est susceptible de division. Une prise d'eau est divisible, puisque le volume d'eau peut se partager en autant de fractions que l'on veut. Le droit d'extraire de la marne du fonds voisin se divise également, puisqu'on peut diviser la quantité de la marne, et elle est réellement fixée à raison de l'étendue du fonds dominant, de même que la prise d'eau est proportionnée aux besoins du fonds pour l'avantage duquel elle est établie (1). Si le fonds dominant est transmis par voie d'hérédité à plusieurs propriétaires lesquels le possèdent indivisément, le nombre des héritiers ne changera rien à l'usage de la servitude. Ici l'on applique le principe de Dumoulin. De ce qu'il y a plusieurs propriétaires au lieu d'un, cela ne modifie pas les besoins du fonds dominant; le volume d'eau restera donc le même, et la quantité de la marne ne variera pas. Que si le titre ne s'explique pas sur ce point, et si les parties ne s'accordent pas, il y aura lieu à l'intervention du juge, lequel réglera l'exercice de la servitude, sans tenir compte du nombre des propriétaires, en considérant uniquement les besoins du fonds (2).

282. Il reste une difficulté : comment chacun des copropriétaires exercera-t-il la servitude pendant l'indivision? Si la servitude est indivisible, il n'y a pas même de question. On ne passe pas pour un tiers ou un quart; donc par cela seul que chacun des copropriétaires a le droit de passage, il peut en user pour le tout, il lui serait même impossible d'en user pour partie. Mais que faut-il décider si la servitude est divisible? Dumoulin maintient le principe il n'y a qu'une seule servitude, elle est due à un seul fonds, ce fonds est possédé par indivis par plusieurs copropriétaires, ce qui donne à chacun d'eux le droit d'user de tout le fonds, donc aussi de toute la servitude, sauf aux copropriétaires à s'arranger entre eux pour l'exercice de la ser-

(1) Dumoulin, *De dividuo et individuo*, pars III, n° 291.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 346, n° 362. Demolombe, t. XII, p. 384, n° 860.

vitute. Il n'y a aucun doute sur ce point; il est donc inutile d'insister (1).

283. Nous passons à l'hypothèse où le fonds indivis est partagé. C'est, disent les jurisconsultes romains, comme si, dès le principe, il y avait eu plusieurs fonds dominants. En effet, la servitude étant due à chaque portion du fonds, chaque portion devient un fonds dominant. N'est-ce pas aggraver la servitude? Mon héritage ne devait de servitude qu'à un fonds, et voilà qu'il en doit à dix? La loi romaine répond : Non, la condition du fonds servant ne devient pas plus onéreuse; à certains égards même, elle devient plus favorable (2). Cette dernière décision paraît singulière; elle s'explique par les principes qui régissent l'extinction des servitudes. Comme il y a autant de fonds dominants que de portions, il y a aussi autant de servitudes; d'où suit que chacune pourra s'éteindre; en ce sens la condition du fonds servant sera meilleure, puisqu'il pourra s'affranchir d'une partie de la charge dont il est grevé.

Le code civil consacre cette doctrine. Si l'héritage dominant est divisé, dit l'article 700, la servitude reste due pour chaque portion; l'article ajoute : sans néanmoins que la condition du fonds assujéti soit aggravée. Comment cela se peut-il? Si la servitude est indivisible, on applique l'article 700; s'agit-il d'un droit de passage, tous les propriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit. Il est vrai que le passage sera plus fréquent; mais, comme nous venons de le dire, ce fait n'est pas considéré comme une aggravation de la servitude. Si la servitude est divisible, chacun des propriétaires l'exercera dans la proportion de son droit héréditaire; c'est la conséquence logique du partage et de la divisibilité du droit, chacun des copartageants prenant la portion du fonds qui lui échoit avec sa qualité, donc avec sa part dans le bénéfice de la servitude; sauf aux héritiers à convenir d'un autre mode de répartir l'usage de la servitude; en tout cas le propriétaire

(1) Demolombe, t. XII, p. 386, n° 861. Demante, t. II, p. 653, n° 556 bis V.

(2) L. 6, § 1, D., *si serv. vindic.* (VIII, 5).

du fonds servant est sans intérêt à s'opposer à cette division, car la charge qui grève son fonds reste la même. Si la quantité ou la mesure à laquelle le fonds dominant a droit n'est pas fixée par le titre, il y aura lieu à l'intervention du juge, comme le disait Dumoulin, afin d'empêcher que la somme réunie des besoins particuliers, pour mieux dire, des prétentions particulières ne dépasse pas les besoins du fonds unique, tels qu'ils étaient avant le partage; sinon il y aurait aggravation de la condition du fonds assujetti; or, la loi ne veut pas que la servitude soit aggravée et les principes s'y opposent (1).

N° 2. DIVISION DU FONDS SERVANT.

284. Le code ne parle pas de la division du fonds servant. Il peut aussi être divisé soit par suite de vente, soit par suite d'hérédité. Quelle sera l'influence de cette division sur la servitude? Si l'héritage assujetti est possédé indivisément par plusieurs héritiers, il n'y a absolument rien de changé quant à la charge qui le grève, ni quant au droit du maître de l'héritage dominant. Le fonds servant reste le même, par conséquent aussi la servitude; elle s'exercera pendant l'indivision comme elle s'exerçait alors que le fonds appartenait à un seul propriétaire.

Il n'en est plus de même quand le fonds servant est divisé. Une première question se présente. La partie du fonds par laquelle la servitude s'exerce est mise au lot de l'un des héritiers : les autres portions du fonds seront-elles affranchies de la servitude? On suppose que la servitude n'est pas limitée à la partie du fonds sur laquelle on la pratique; si cette partie seule est grevée, alors il n'y a plus de question. Que si tout le fonds était grevé, il restera grevé, même les portions sur lesquelles la servitude ne s'exerçait pas, car autre chose est l'exercice de la servitude, autre chose est le droit. Le droit subsistera donc sur toutes les portions du fonds. Mais comment sera-t-il exercé?

(1) Demante, t. II, p. 652, n° 556 bis II et 556 bis III.

Il faut appliquer, par analogie, au fonds servant ce que la loi dit de la division du fonds dominant. La division de l'héritage assujetti ne peut pas aggraver la condition de ce fonds. Si donc il s'agit d'une servitude de passage, elle continuera à s'exercer par le même endroit. Il pourra résulter de là que la servitude ne sera pas exercée sur quelques portions du fonds, devenues des héritages séparés. La conséquence en sera que la servitude s'éteindra par le non-usage après trente ans, sauf au propriétaire du fonds dominant à conserver son droit par l'interruption de la prescription. En effet, la division du fonds servant a le même effet que la division du fonds dominant; il y aura plusieurs fonds servants, donc plusieurs servitudes distinctes, dont chacune par conséquent peut s'éteindre. Si la servitude est divisible, chacune des portions du fonds servant sera grevée du droit dans la proportion du droit des copartageants. On applique les principes généraux qui régissent le partage. Il va sans dire que, dans cette hypothèse, la servitude s'éteindra si elle n'est pas exercée pendant trente ans sur l'un des fonds divisés (1).

§ VI. Des actions qui naissent des servitudes.

285. Le code ne parle pas des actions auxquelles les servitudes donnent lieu, pas plus qu'il ne parle de l'action qui naît de la propriété. Il abandonne cette matière à la doctrine. Il faut donc remonter à la tradition. Pothier distingue deux actions concernant les servitudes, la *confessoire* et la *négatoire* : les termes ainsi que les principes viennent du droit romain. L'action *confessoire*, dit Pothier, est une action réelle par laquelle celui à qui appartient un droit de servitude sur quelque héritage conclut, contre celui qui le trouble dans l'usage de cette servitude, à ce que l'héritage soit déclaré sujet à ce droit et qu'il soit fait défense au défendeur de l'y troubler. L'action *négatoire* est aussi une action réelle que le propriétaire d'un héritage

(1) Demolombe, t. XII, p. 428, n° 907 et 910.