

stipule une prise d'eau pour sa brasserie. Est-ce à dire que la servitude s'éteindra si la brasserie est remplacée par une exploitation agricole? Non, à moins que la servitude n'ait été limitée à un usage déterminé; mais une pareille limitation ne peut être facilement admise, car elle est contraire à la perpétuité des servitudes. C'est au profit du fonds qu'elle est établie, elle subsistera donc alors qu'il n'y aura plus de brasserie. Ainsi jugé par la cour de Liège (1).

La cour de cassation a fait une application remarquable de ce principe. Une prise d'eau est établie sur une rivière. Le lit de la rivière s'abaisse; l'arrêt ne constate pas quelle en est la cause. Voilà l'exercice de la servitude devenu impossible; mais à quelques mètres en amont, il y a un endroit où la prise d'eau peut se faire, l'eau étant presque de niveau avec la chaussée du fonds dominant. Il fut jugé par la cour de la Réunion qu'une nouvelle prise d'eau serait établie à cet endroit. N'était-ce pas créer une servitude nouvelle? Le demandeur en cassation le soutint. Mais la cour décida que la loi ne s'opposait pas à un changement dans l'exercice de la servitude, pourvu que cette modification ne causât aucun dommage au fonds servant. La servitude restait bien la même; c'était toujours la même prise d'eau, exercée sur la même rivière; il n'y avait de changé que l'endroit du fonds servant où la prise d'eau se ferait; or, il était constant que ce changement n'aggravait pas la charge du fonds servant: cela était décisif (2).

294. L'article 704, après avoir dit que les servitudes revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, ajoute cette restriction: « à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707. » Cette disposition a donné lieu à de vives controverses, et il y a réellement des difficultés sérieuses. L'article 707, auquel l'article 704 renvoie, n'établit pas un mode d'extinction des servitudes; il ne fait que

(1) Liège, 22 mai 1869 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 8).

(2) Arrêt de cassation du 11 décembre 1861 (*Dalloz*, 1862, 1, 79).

régler l'application du principe posé par l'article 706, aux termes duquel « la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans. » Une chose est certaine, c'est qu'en renvoyant à l'article 707, l'article 704 renvoie implicitement à l'article 706. Le sens de l'article 704 serait donc celui-ci: la servitude ne revit plus si trente ans se sont passés depuis que les choses sont dans un tel état qu'on ne peut plus en user. Ce qui revient à dire que la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans. En définitive l'article 704, ainsi interprété, ne fait qu'appliquer le principe du non-usage au cas où l'usage est impossible.

295. On objecte que l'article 704 ainsi entendu est inutile: à quoi bon, dit-on, répéter dans l'article 704 ce qui est écrit dans l'article 706? On a donc essayé de donner un autre sens à l'article 704. Nous allons voir successivement les diverses interprétations que l'on a proposées, en examinant les difficultés que cette disposition présente. Il y en a une première qui touche précisément à l'objection que l'on fait à l'explication littérale des textes que nous venons de donner. Les articles 703 et 704 supposent qu'il est intervenu dans l'état des lieux un changement qui, momentanément, rend l'usage de la servitude impossible. Si cette impossibilité dure pendant trente ans, la servitude sera-t-elle éteinte? Cette conséquence résulte de l'interprétation littérale de la loi; elle est inadmissible, dit-on, et elle témoigne contre le principe d'où elle découle. On conçoit que la servitude s'éteigne par le non-usage, alors qu'il dépend du propriétaire du fonds dominant d'en user ou de n'en pas user; s'il n'en use pas pendant le temps le plus long requis pour la prescription extinctive, c'est qu'il renonce à son droit. Mais cette présomption de renonciation n'a pas de sens, quand celui à qui la servitude est due a été dans l'impossibilité matérielle d'en user: faut-il demander si l'on renonce à un droit en ne l'exerçant pas, alors que l'on est dans l'impossibilité de l'exercer? C'est le cas d'appliquer le principe que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut pas agir. Le texte même de l'article 704 confirme cette interprétation, ajoute-t-on: la loi

ne dit pas que la servitude est éteinte, elle dit que l'extinction est *présumée*, ce qui implique qu'il n'y a qu'une présomption de renonciation, présomption que le propriétaire du fonds dominant fait tomber en prouvant que s'il n'a pas usé de son droit, c'est parce qu'il y avait un obstacle matériel qui l'en empêchait, ce qui exclut toute pensée de renonciation. La tradition donne une grande force à cette opinion : Domat dit formellement « que la prescription ne doit pas courir contre celui qui ne peut pas user de la servitude (1). »

Nous ne pouvons admettre cette interprétation parce qu'elle est en opposition avec les textes et avec les principes. Il n'est pas exact de dire que l'article 704 n'établit qu'une présomption d'extinction. Nous ne connaissons pas de prescription *présumée*. En un certain sens, on peut dire que la prescription repose sur une présomption de renonciation, mais cette présomption n'admet pas de preuve contraire, parce que la prescription est d'intérêt public. Or, on ne peut contester qu'il ne s'agisse dans les articles 704 et 706 de la prescription extinctive; nous en avons la preuve dans l'article 665 qui ne fait qu'appliquer le principe établi par l'article 704. Nous le transcrivons parce qu'il joue un grand rôle dans le débat que nous entamons : « 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, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse *avant que la prescription soit acquise*. » Il y a donc prescription. On invoque contre l'application de la prescription l'impossibilité où se trouvait le propriétaire du fonds dominant d'user de la servitude, et l'on ajoute que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut pas agir. C'est, en effet, un motif de douter, mais il s'adresse au législateur et non à l'interprète, parce que le législateur n'en a tenu aucun compte. Pour l'interprète,

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XII, sect. VI, n° 1. Toullier, t. II, p. 321, n° 690 et suiv. Marcadé, art. 703, n° II, t. II, p. 625. Zachariae, traduction de Massé et Vergé, t. II, p. 208, note 2. Comparez arrêt de la cour de cassation de Belgique du 7 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 111).

la question est très-simple : Y a-t-il un texte qui décide en termes absolus que la prescription ne court point contre celui qui ne peut pas agir? Non; donc nous restons sous l'empire de la règle générale consacrée par l'article 2251 : « La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi. » Y a-t-il une exception au titre des *Servitudes*, au profit de celui qui ne peut pas user de son droit? Il y a au contraire deux dispositions, l'article 704 et l'article 665 qui appliquent le principe dans toute sa rigueur. Le législateur a-t-il été trop rigoureux, c'est son affaire; ce n'est pas celle de l'interprète. A notre avis, la rigueur est plus apparente que réelle. La loi ne sacrifie pas les droits du propriétaire de l'héritage dominant; si l'état des lieux ne lui permet pas d'user de la servitude, rien ne l'empêche de demander une reconnaissance de son droit, ce qui interrompra la prescription, et au besoin il peut agir en déclaration de servitude. Il a donc un moyen de conserver son droit. S'il ne fait rien pour le conserver, on peut en toute équité lui appliquer la présomption qu'il renonce à son droit (1).

Maintenant on comprendra la nécessité de l'article 704. On a tort d'avouer qu'il est inutile (2). Les auteurs du code avaient sous les yeux l'opinion de Domat, leur guide habituel; ils ne l'admettaient pas; dès lors ils devaient le dire en termes clairs et nets; sinon on aurait pu se prévaloir de la tradition pour soutenir qu'il fallait distinguer le non-usage qui implique renonciation, et l'impossibilité d'user qui ne suppose pas la volonté de renoncer. Cette volonté du législateur de rejeter la doctrine de Domat explique aussi la singulière rédaction de l'article 704. Au lieu de dire : « à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707, » n'était-il pas plus simple de dire, comme le fait l'article 665 : « à

(1) Demolombe, t. XII, p. 509, n° 979. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 249, n° 364. Aubry et Rau, t. III, p. 102 et note 7. Comparez arrêt de Liège du 22 mai 1869 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 7).

(2) Demolombe l'avoue (t. XII, p. 513, n° 979).

moins que la prescription ne soit acquise? » Le législateur a voulu marquer qu'il maintenait la présomption de renonciation sur laquelle se fonde l'extinction des servitudes par le non-usage, malgré les objections très-spécieuses de Domat.

296. Nous disons que l'espace de temps dont parle l'article 704 est une prescription. Cela aussi est controversé; mais, en réalité, il n'y a pas le moindre doute; si de bons esprits n'avaient soutenu l'opinion contraire, il ne vaudrait pas la peine de s'y arrêter un instant. On prétend que le délai de trente ans, dans le cas de l'article 704, est un de ces délais préfix qui ne peuvent pas être prolongés, alors même qu'il y aurait des causes qui suspendent la prescription (1). Au titre de la *Prescription*, nous reviendrons sur cette théorie des délais préfix qu'aucun texte ne consacre. Dans notre espèce, il y a deux textes contraires et décisifs. L'article 704 renvoie à l'article 707, et implicitement à l'article 706. Est-ce que le délai de trente ans de l'article 706 est une prescription ou un délai préfix? Et si ce délai est une prescription, comment se ferait-il que, dans le cas de l'article 704, ce même délai serait un délai préfix, alors que l'article 704 n'est que l'application de l'article 706? Il y a ensuite l'article 665 qui prévoit une hypothèse identique à celle de l'article 704, et là, la loi dit formellement qu'il s'agit d'une prescription. Ainsi il n'y aurait pas prescription dans l'article 704 qui pose le principe, et il y aurait prescription dans le cas de l'article 665 qui ne fait qu'appliquer le principe! En vérité, c'est abuser du droit de controverser! Il y a cependant, en théorie, des objections plausibles. Quand il s'agit du non-usage (art. 706), on conçoit, dit-on, que la prescription ne coure pas contre les mineurs et tous ceux qui ne peuvent pas agir, car l'extinction est fondée sur une présomption de renonciation; or, le mineur ne peut pas renoncer. Tandis que, dans le cas de l'article 704, un obstacle matériel s'oppose à l'exercice de la servitude: cet obstacle est le même pour tous, mineurs ou majeurs. Nous

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 248, n° 363.

avons d'avance répondu à l'argument; il y a aussi dans l'article 704 une présomption de renonciation, puisque le propriétaire qui est empêché d'exercer la servitude peut néanmoins interrompre la prescription; en ce sens il peut agir; mais pour agir il doit être majeur, et partant le délai ne doit pas courir contre les mineurs.

Nous ne parlons pas des inconvénients que l'on signale, de la prescription qui se prolonge indéfiniment par suite de la suspension. Les inconvénients sont l'affaire du législateur; à notre avis, il a bien fait de n'en pas tenir compte; le plus grand de tous les inconvénients serait de priver un propriétaire de son droit, alors qu'à raison de son incapacité il ne peut pas le conserver. Il y a un dernier argument dont il nous faut dire un mot, ne fût-ce que pour montrer combien l'on abuse des travaux préparatoires. Le projet de code civil, dit-on, n'admettait qu'un délai de dix ans dans l'article 704, bien qu'il établît un délai de trente ans pour le non-usage. Eh! qu'est-ce que cela prouve? Que le délai de dix ans n'était pas une prescription, que c'était un délai préfix? C'est ce qu'il faudrait commencer par prouver. Et quand on aurait fait cette preuve, on pourrait encore répondre, et la réponse serait péremptoire, que les auteurs du code ont rejeté le système du projet et qu'ils ont assimilé les deux hypothèses, celle du non-usage et celle de l'impossibilité d'user de la servitude (1).

297. L'article 704 présente une autre difficulté, la seule qui, à notre avis, soit sérieuse. Il renvoie à l'article 707, lequel détermine comment on calcule le délai de trente ans, en distinguant entre les servitudes continues et les servitudes discontinues. Lorsqu'il s'agit d'une servitude discontinue, les trente ans commencent à courir du jour où l'on a cessé d'en jouir; et ils courent du jour où l'on a fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues. Faut-il appliquer cette distinction au cas prévu par l'article 704? Au premier abord, on est étonné de voir la question posée. Le code renvoie

(1) C'est l'opinion générale. Voyez Demolombe, t. XII, p. 506, n° 977; Aubry et Rau, t. II, p. 503 et note 9. Demante, t. II, p. 658, n° 562 bis IV.

expressément à l'article 707; ce renvoi doit avoir un sens, et il n'en a plus si l'on n'applique pas la distinction que fait l'article 707 entre les servitudes continues et les servitudes discontinues. Mais si on l'applique, on aboutit, en apparence, à une conséquence absurde. Une maison jouit d'une servitude de vue, elle est détruite; trente ans se passent avant qu'on la reconstruise; la servitude sera-t-elle éteinte? Non, si l'on tient compte de l'article 707; car il faut un acte contraire à la servitude pour que la prescription commence à courir; or, il n'y a pas eu d'acte contraire. Qu'en résultera-t-il? C'est que les servitudes continues ne pourront pas s'éteindre. En effet, conçoit-on que l'on fasse un acte contraire à la servitude, alors que le changement survenu rend impossible l'usage de la servitude? Voici ce qu'il y a d'absurde dans cette conséquence: c'est que les servitudes discontinues s'éteindront dans le cas de l'article 704, et que les servitudes continues ne s'éteindront pas. Y a-t-il une raison de cette différence? Aucune; on en conclut que la différence ne doit pas exister. Et que devient alors le renvoi à l'article 707? On l'efface, ou à peu près. Cela nous paraît encore plus inadmissible, car c'est changer la loi, et l'interprète n'a pas ce droit-là. Nous maintenons donc le renvoi et partant la distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues. Dans l'exemple que nous avons supposé, l'on peut faire en bâtissant un acte contraire à la servitude de vue. Et si l'on était dans l'impossibilité de faire un acte contraire, l'on pourrait signifier au propriétaire du fonds dominant une défense de rétablir l'état des lieux, ou une protestation quelconque contre le rétablissement de la servitude, ce qui doit équivaloir à un acte, puisque ce serait le seul acte possible (1).

298. Il reste une dernière question: la prescription commence-t-elle à courir si, malgré les changements qui empêchent d'user de la servitude, il en reste des vestiges? Le code ne fait pas cette exception, ce qui, nous semble-

(1) Voyez, en sens contraire, Demante, t. II, p. 659, n° 562 bis V. Demolombe, t. XII, p. 515, n° 980. Aubry et Rau, t. II, p. 102, note 6.

t-il, est décisif, car il n'y a pas d'exception sans texte. On invoque la tradition. Il est vrai que dans l'ancien droit l'on admettait que la possession de la servitude se conservait par les vestiges, et on en concluait que la prescription ne commençait à courir que du jour de leur destruction. C'était une vraie fiction; or, il n'y a pas de fiction sans loi; et le code, loin de consacrer la fiction, la rejette implicitement. Il pose le principe que la prescription commence à courir du jour où l'on cesse de jouir de la servitude, quand il s'agit d'une servitude discontinue; or, jouit-on d'une servitude de passage quand il reste des vestiges d'un chemin, et que l'on ne passe plus par ce chemin? Si la servitude est continue, l'article 706 veut qu'il y ait un acte contraire à la servitude pour que la prescription commence à courir; elle courra dès que cet acte contraire existe, qu'il y ait ou non des vestiges. Il est vrai que, dans la doctrine commune, on ne tient aucun compte de l'article 706; mais alors même que l'on se placerait sur le terrain de l'opinion générale, encore faudrait-il repousser la fiction des vestiges. L'article 703 dit que les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user; et elles ne revivent pas, d'après l'article 704, si cet état de choses a duré trente ans. La question des vestiges se réduit donc à ceci: use-t-on d'une servitude s'il en reste des vestiges? Une porte pratiquée pour exercer le droit de passage constitue-t-elle un usage de la servitude, alors que réellement on ne peut plus passer, le chemin de passage étant supprimé? Pure fiction, et nous répétons qu'il n'y a pas de fiction sans texte. J'avais le droit d'appuyer ma poutre sur votre mur, je l'ôte; le trou subsiste, mon droit est conservé, dit-on. Non, car je n'use pas de mon droit; donc il y a non-usage, et il faut supposer de plus, dans le cas de l'article 704, que l'usage est impossible; or, comment veut-on qu'une servitude soit censée s'exercer alors que l'usage en est impossible? Toujours des fictions et des fictions contraires au texte (1).

(1) Pardessus, t. II, p. 168, n° 308. Demolombe, t. XII, p. 564, n° 1012. Du-

§ II. De la confusion.

299. Aux termes de l'article 705, « toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main. » La servitude s'éteint quand même le service que l'un des fonds rend à l'autre continuerait; à partir de la réunion des fonds, il se fait à titre de propriété, car personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose. Nous avons déjà rencontré ce mode d'extinction des droits réels au titre de l'*Usufruit*, sous le nom de consolidation (1). Il y a aussi en matière d'obligations un mode d'extinction qui porte le nom de confusion. Nous constatons l'analogie parce qu'il en résulte une conséquence importante, c'est qu'il faut appliquer aux droits réels ce que nous dirons des droits de créance. La confusion n'est pas, à vrai dire, un mode d'extinction d'un droit. Celui qui, étant créancier, devient débiteur de la même créance, ne peut plus exercer son droit. Pourquoi? Est-ce parce que la chose ou le fait qui était l'objet de l'obligation est presté? Non, c'est parce qu'il est impossible d'en exiger la prestation. Il y a donc non pas extinction d'un droit, mais impossibilité de l'exercer. On peut en dire autant de l'extinction des droits réels. Le fonds servant devient la propriété de celui au fonds duquel la servitude est due; le fonds créancier ne peut plus exercer son droit sur le fonds débiteur, car il est en même temps débiteur; il y a donc impossibilité d'user de la servitude, et c'est à raison de cette impossibilité que la servitude s'éteint. Il faut ajouter que la servitude devient inutile, car le propriétaire du fonds dominant, étant aussi propriétaire du fonds servant, peut se servir de l'un des fonds pour l'usage de l'autre, en vertu de son droit de propriété; la propriété, qui comprend tous les droits réels, absorbe la servitude, qui n'est qu'un démembrement de la

vergier sur Toullier, t. II, p. 331, note. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 102 et note 8, et les auteurs qui y sont cités, et t. II, p. 88 note 28 et p. 89, note 29.

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, nos 57 et 5.

propriété. Il résulte de là, entre la confusion en matière de droits réels et la confusion en matière de droits de créance, une différence que nous signalerons plus loin (n° 303).

300. Pour qu'il y ait confusion, il faut que le fonds dominant et le fonds servant soient réunis dans la même main. Si une partie seulement du fonds servant devient la propriété de celui à qui appartient le fonds dominant, la servitude n'est pas éteinte, car il n'y a pas impossibilité d'user du droit. Il en est ainsi lors même que la partie réunie au fonds dominant serait celle par laquelle la servitude s'exerce; en effet, tout le fonds est grevé. Si donc le chemin de passage et le fonds auquel est dû le passage sont réunis, la servitude ne sera pas éteinte; il y aura seulement lieu de fixer un autre endroit du fonds servant par lequel le passage s'exercera. Si la réunion est complète, dans ce cas, il y a impossibilité d'user de la servitude, et par suite extinction par confusion.

301. Si la confusion cesse par la séparation des deux fonds, les effets de la confusion cesseront-ils aussi? Il y a un cas dans lequel la question n'est pas douteuse. La réunion des deux fonds s'est faite par un acte annulable, rescindable ou résoluble; si l'acte est annulé, rescindé ou résolu, la confusion n'a jamais existé, car l'annulation, la rescision et la résolution rétroagissent, en ce sens que l'acte est censé n'avoir jamais eu lieu. Donc il n'y a pas eu de confusion, et partant la servitude n'a pas été éteinte. Il en est de même en cas de révocation, lorsque la révocation rétroagit, ce qui est la règle (1). Si la révocation ne rétroagit pas, la confusion ne cesse que pour l'avenir; il faut appliquer alors les principes qui régissent l'hypothèse que nous allons examiner, celle dans laquelle la séparation des deux fonds se fait par un acte d'aliénation.

Le propriétaire des deux fonds vend l'un des fonds; il n'y a plus de confusion: la servitude revivra-t-elle? On

(1) Voyez ce que j'ai dit dans le tome VI, nos 104-113, de la propriété annulable, résoluble et révocable.