

le principe de la confusion, tandis qu'il y déroge dans le cas de l'article 694. J'ai une servitude sur un fonds dont je deviens propriétaire; la servitude s'éteint parce que je suis dans l'impossibilité de l'exercer. Un créancier poursuit l'expropriation de l'immeuble; après l'adjudication, l'impossibilité d'user de la servitude cessant, la confusion cesse aussi; donc la servitude doit revivre. La loi aurait dû dire qu'elle *continue*, comme le dit l'article 694.

Doit-on appliquer l'article 2177 par analogie au cas où le propriétaire est évincé par une action en revendication? On le prétend (1). Tel n'est pas notre avis. Ce n'est ni une annulation, ni une résolution; c'est une révocation. Mais cette révocation fait plus qu'anéantir les droits du possesseur pour le futur, elle prouve qu'il n'a jamais été propriétaire; il faut donc appliquer le principe de la révocation rétroactive, plutôt que la disposition de l'article 2177.

**303.** La confusion peut se faire par suite d'hérédité. Etant propriétaire du fonds servant, j'hérite du fonds dominant, ou vice versa; il y aura confusion, puisque les deux fonds sont réunis dans ma main. Si j'aliène mes droits héréditaires, la servitude revivra-t-elle? On enseigne l'affirmative, avec cette restriction que la vente de l'hérédité ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers; tel serait le cas si avant la vente j'avais aliéné le fonds qui m'est propre, et qui était libre de toute servitude au moment où je l'ai-vendu (2). Il nous semble que cette décision est contraire aux principes que nous venons d'exposer. Lorsque je vends l'un des fonds, la confusion avait, il est vrai, éteint la servitude; mais aux termes de l'article 694, elle *continue* si elle s'annonçait par un signe apparent. Il est évident que si elle renaît au profit de l'acquéreur, la vente que je fais ensuite de l'hérédité ne peut pas lui enlever son droit. De même si le fonds que j'aliène était le fonds servant, l'acquéreur serait et resterait grevé de la servitude. Mais aussi quand la servitude est non apparente, les effets produits par la confusion subsisteront; l'aliénation

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 103 et suiv.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 104 et note 13, et les autorités qui y sont citées.

de l'hérédité n'y apportera aucun changement. Supposons maintenant que les choses soient entières; je suis encore propriétaire de l'immeuble dominant ou servant au moment où je vends l'hérédité, qui comprend l'autre fonds: la servitude restera-t-elle éteinte dans ce cas, ou revivra-t-elle? On prétend qu'elle revit, soit au profit de l'acquéreur, soit contre lui. Cela est trop absolu, nous semble-t-il; à notre avis, il faut appliquer par analogie la disposition de l'article 694: la servitude renaîtra s'il y a un signe apparent, elle ne renaîtra pas si elle est non apparente. On suppose naturellement qu'il n'y a pas de stipulation expresse; or, quand la servitude est éteinte par confusion, l'aliénation volontaire de l'un des fonds ne la fait renaître que s'il y a un signe apparent. Il y a cependant des motifs de douter. D'abord, on peut dire que l'aliénation de l'hérédité n'est pas une aliénation du fonds dominant ou servant qui y est compris; cela est vrai; aussi n'avons-nous invoqué que l'analogie, et l'analogie est incontestable. Ensuite, l'on pourrait se prévaloir des principes que l'on suit pour l'extinction des dettes et créances par l'effet de la confusion; en cas de vente de l'hérédité, la confusion cesse; ne doit-elle pas cesser aussi en matière de droits réels? En théorie, et abstraction faite des textes, nous aurions admis l'assimilation; mais en présence de l'article 694, cela nous paraît impossible; car il résulte de cette disposition que, dans l'esprit de la loi, la confusion opère un effet définitif, à moins que l'existence d'un signe apparent ne fasse supposer une convention tacite.

### § III. Du non-usage.

#### NO 1. DURÉE DE LA PRESCRIPTION.

**304.** L'article 706 dit que « la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans. » Ce que la loi appelle non-usage n'est autre chose que la prescription extinctive: ceux qui ont un droit, soit personnel, soit réel, doivent l'exercer dans le délai de trente ans; après ce délai, on peut les repousser par la prescription. Le code applique

ce principe aux hypothèques (art. 2180), à l'usufruit (article 617); il devait aussi l'appliquer aux servitudes. Il y a, en matière de servitudes, des motifs spéciaux qui justifient l'extinction du droit. On stipule les servitudes non pour l'avantage des personnes, mais pour l'utilité des fonds; cette utilité est permanente, de tous les jours. Si le propriétaire du fonds dominant reste trente ans sans exercer la servitude, on doit croire que la servitude est inutile, que partant elle n'a pas de raison d'être; rien donc de plus légitime, en ce cas, que la présomption de renonciation sur laquelle la prescription repose.

**305.** Nous disons que tout droit réel s'éteint par la prescription trentenaire. Ce principe ne reçoit d'application qu'aux droits qui sont un démembrement de la propriété; il ne s'applique pas à la propriété même : celle-ci se perd aussi par la prescription, mais pour qu'il y ait prescription, il ne suffit pas que le propriétaire n'ait pas usé de son droit, il faut qu'un tiers ait possédé la chose pendant le temps requis pour la prescription, et il faut que la possession présente les caractères déterminés par la loi. Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Prescription*. Il y a encore une autre différence entre la prescription de la propriété et celle des servitudes. Le propriétaire perd son droit quand un tiers possède son fonds pendant dix ou vingt ans avec titre et bonne foi; tandis que dans l'opinion consacrée par la jurisprudence, comme nous le dirons plus loin, l'usucapion n'éteint pas les servitudes.

Il importe donc beaucoup de distinguer si un droit constitue une propriété, ou si ce n'est qu'un de ces démembrements de la propriété que l'on appelle servitudes. Nous avons dit ailleurs que la distinction est souvent très-difficile (1). Le droit aux secondes herbes est-il une servitude ou est-ce une copropriété? C'est tantôt l'un, tantôt l'autre. Il a été jugé que c'est un droit de pacage que l'article 688 range parmi les servitudes; mais l'arrêt s'appuie sur des circonstances particulières. Ce droit, dit la cour de Caen,

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, n° 160.

prend sa source dans une concession faite aux communes, moyennant redevance, par les anciens seigneurs, et certes il est contre toute vraisemblance qu'ils aient entendu aliéner une partie du domaine au profit des concessionnaires. Donc c'est une simple charge qui grève un pré, pour l'usage et l'utilité d'une commune, c'est-à-dire d'une circonscription territoriale dont la culture devient par là plus facile et l'exploitation plus avantageuse (1). Il nous semble que les termes de l'arrêt sont trop absolus; on ne peut pas dire que tout droit aux secondes herbes soit une concession des anciens seigneurs. Aussi la cour de cassation n'a-t-elle confirmé l'arrêt qu'avec une réserve; tout en approuvant l'interprétation que, dans l'espèce, les juges du fait avaient donnée à la convention, elle ajoute que le droit aux secondes herbes peut recevoir une extension qui l'assimile au droit de propriété. Que faut-il dire s'il n'y a pas de convention? Dans ce cas, dit la cour, le droit aux secondes herbes ne constitue qu'une servitude de pacage; elle en conclut que le droit peut s'éteindre par le non-usage pendant trente ans, mais qu'il ne s'éteint pas par la prescription acquisitive appelée usucapion (2).

L'intérêt qu'ont les parties à se prévaloir des principes qui régissent l'extinction du droit de propriété par la prescription, fait qu'elles cherchent à représenter comme un droit de propriété ce qui n'est en réalité qu'un droit de servitude. Un propriétaire, en vendant une partie de son fonds, stipula qu'il aurait le droit d'établir des vues d'aspect; et il interdit en même temps à l'acquéreur de bâtir en deçà d'une certaine distance. Il n'usa pas de son droit pendant trente ans, et prétendit alors que le contrat impliquait la réserve d'une partie de son droit de propriété. C'était évidemment dépasser les termes du contrat; il y avait une simple servitude de prospect, donc un droit susceptible de s'éteindre par le non-usage (3).

Le contraire a été jugé dans une espèce où le droit litigieux semblait être un droit à l'usage des eaux d'une

(1) Caen, 29 juillet 1851 (Daloz, 1853, 2, 157).

(2) Arrêt de rejet du 14 novembre 1853 (Daloz, 1853, 1, 329).

(3) Orléans, 16 février 1865 (Daloz, 1865, 1, 60).

source, donc une servitude; mais il résultait des faits de la cause que c'était un droit de copropriété. Une source jaillit dans un fonds; les veines alimentaires se trouvent dans le fonds supérieur. A qui appartient-elle? Au maître du fonds où sont les veines, cela est certain. Le propriétaire du fonds où la source avait jailli stipule un droit sur les veines alimentaires, droit en vertu duquel le propriétaire supérieur s'interdit tous travaux qui seraient de nature à diminuer les eaux. Ce n'est pas là un simple droit à l'usage des eaux, c'est plus, c'est donner un droit sur les veines mêmes, partant un droit de propriété sur le dessous. En réalité, la propriété était partagée; donc il fallait appliquer les principes qui régissent l'extinction de la propriété. Il fut jugé que le droit ne s'éteignait pas par le non-usage (1).

**306.** Toutes les servitudes s'éteignent par la prescription, tandis qu'il n'y a que les servitudes continues et apparentes qui s'acquièrent par la possession de trente ans. La raison de cette différence est très-simple : les conditions requises pour la prescription acquisitive n'existent que pour certaines servitudes, celles dont l'usage est public et dont l'exercice n'est pas entaché de précarité; de là suit que les servitudes non apparentes ou discontinues ne peuvent pas s'acquérir par la prescription. Tandis que pour l'extinction des servitudes une seule condition suffit, c'est le non-usage; or, on peut ne pas user de toute espèce de servitudes; donc toutes sont susceptibles de s'éteindre par la prescription.

**307.** Il y a toutefois une différence entre les servitudes continues et les servitudes discontinues en ce qui concerne le commencement de la prescription. Lorsqu'il s'agit d'une servitude discontinue, dit l'article 707, les trente ans commencent à courir du jour où l'on a cessé d'en jouir. Ces servitudes ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées; du moment que l'homme n'intervient pas pour en user, il y a non-usage, et par conséquent la prescription par le non-usage doit commencer à courir.

(1) Arrêt de rejet du 13 juin 1865 (Dalloz, 1865, 1, 447).

L'application du principe soulève une légère difficulté. Il y a des servitudes dont l'usage est intermittent; si l'on n'en use pas pendant un certain temps, c'est qu'il n'y a pas lieu d'en user. J'ai le droit de passage par votre fonds pour faire la coupe de mon bois; le bois se coupe tous les dix ans; dans l'intervalle d'une coupe à l'autre, je ne passe pas, parce que je n'y ai aucun intérêt; il faut dire plus, je n'en ai pas même le droit. On demande si le délai de trente ans commencera à courir à compter du jour où j'ai passé pour la dernière fois pour faire la coupe? Ce serait là ce qu'on appelle une interprétation judaïque du texte : s'attacher à la lettre de la loi pour en violer l'esprit. Non, le délai de trente ans ne courra qu'à partir de la nouvelle coupe que je dois faire, si alors je ne passe pas par votre fonds. Vainement dirait-on que j'ai cessé de jouir à partir de la dernière coupe : il est vrai que j'ai cessé de passer pendant dix ans; est-ce à dire que pendant ces dix ans j'ai cessé de jouir? Je ne pouvais pas jouir, je n'en avais pas le droit; mon droit de jouir ne s'exercera que lors de la nouvelle coupe; si alors je n'use pas de la servitude, on pourra dire que je cesse de jouir. Si le texte laissait quelque doute, l'esprit de la loi le dissiperait. Le non-usage implique une renonciation; or, peut-on dire que je renonce à mon droit en ne l'exerçant pas, alors que je n'ai pas le droit de l'exercer (1)?

**308.** Lorsqu'il s'agit de servitudes continues, les trente ans commencent à courir, d'après l'article 707, du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude. Ces servitudes s'exercent sans le fait actuel de l'homme (art. 688), d'elles-mêmes, aussi longtemps que les lieux restent dans l'état d'où résulte la servitude. Ainsi les droits d'égout, de vue s'exercent par cela seul que le toit de la maison avance sur le fonds voisin, par cela seul qu'il existe une fenêtre; il en est de même des autres servitudes affirmatives. La servitude consiste-t-elle à ne pas faire, par exemple à ne pas bâtir, elle s'exerce encore d'elle-même par cela seul

(1) Demolombe, t. XII, p. 565, n° 1013. Aubry et Rau, t. III, p. 104 et note 14; t. II, p. 90, note 3.

que le propriétaire du fonds servant ne bâtit point, ou ne fait point ce que la servitude lui interdit de faire (1).

Il y a quelque difficulté pour les conduites d'eau qui s'exercent moyennant une vanne que le propriétaire du fonds servant doit ouvrir pour que l'eau coule. Ne faut-il pas dire, dans ce cas, que l'existence de la vanne est insuffisante pour l'exercice de la servitude? Si la vanne reste fermée pendant trente ans, peut-on dire que le propriétaire du fonds dominant use de la servitude? Et si réellement il n'en use pas, ne faut-il pas en conclure que les trente ans commencent à courir à partir du jour où la vanne n'a plus été ouverte? L'objection a été faite par un jurisconsulte éminent (2); preuve que les meilleurs esprits se trompent parfois, et l'erreur vient le plus souvent de ce qu'on néglige le texte. Il suffit de lire l'article 688 pour se convaincre que le droit de conduite d'eau est une servitude continue; dès lors il faut appliquer l'article 707 et décider que le droit se conserve aussi longtemps qu'il n'a pas été fait d'acte contraire à la servitude; or, le fait de ne pas ouvrir la vanne n'est certes pas un acte contraire à la servitude, c'est une intervention accidentelle de l'homme dans l'exercice de la servitude, ce qui n'empêche pas que la servitude ne s'exerce d'elle-même, puisqu'elle est continue. En définitive, l'objection tendrait à faire du droit de conduite d'eau une servitude discontinuë (3).

Pour que la prescription commence à courir, il faut un acte contraire à la servitude, c'est-à-dire un fait qui en empêche l'exercice. De là suit qu'une signification que ferait le propriétaire du fonds servant au propriétaire du fonds dominant ne ferait pas courir le délai de trente ans; en effet, la signification n'est pas un acte qui empêche l'exercice de la servitude, c'est une manifestation de volonté, une protestation contre le droit du voisin; malgré cette protestation le droit peut s'exercer, et aussi long-

(1) Metz, 6 juin 1866 (Dalloz, 1866. 2, 150).

(2) Dupret, professeur à l'université de Liège, *De la modification des servitudes par la prescription* (Revue de droit français et étranger, 1846. t. III, p. 828 et suiv.).

(3) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 252, n° 367. Demolombe, t. XII, p. 562, n° 1010. Aubry et Rau, t. III, p. 105, note 16.

temps que, légalement parlant, le propriétaire du fonds dominant use de son droit, il ne peut être question d'extinction de son droit par le non-usage. Le fonds dominant a un droit de vue; la fenêtre par laquelle la servitude s'exerce est bouchée; dès ce moment la servitude n'est plus exercée, donc le non-usage commence. Si la servitude consiste à ne pas bâtir, il y a un acte contraire quand le propriétaire du fonds servant bâtit. S'agit-il d'une conduite d'eau, il y aura un acte contraire si la vanne a été fermée de manière à ne pouvoir plus s'ouvrir, ou lorsque le canal a été comblé, ou les tuyaux déplacés (1).

**309.** Tels sont les principes établis par la loi. L'application s'en fait sans difficulté aucune aux servitudes discontinuës. Tant que la servitude est exercée n'importe par qui, la prescription ne commence pas à courir. Nous disons, n'importe par qui. Il ne faut donc pas confondre l'usage de la servitude qui est constituée, avec les faits de possession qui font acquérir certaines servitudes. Le fait matériel de l'usage du droit suffit pour que la servitude soit conservée; il n'est pas nécessaire qu'elle soit exercée par le propriétaire du fonds dominant, ou par ceux qui ont qualité pour le représenter dans sa jouissance. Si un ouvrier passait par le fonds servant, ou un ami, même un étranger pour une simple visite, il y aurait exercice du droit de passage, ce qui suffit pour que la servitude ne s'éteigne pas par le non-usage.

Pardessus remarque que l'exercice matériel suffirait, que l'on ne pourrait pas arguer l'usage ou la possession de précarité ou de familiarité. Il y a un arrêt qui semble décider le contraire. Un chemin de passage avait été de fait supprimé, parce que le passage était devenu inutile par suite de changements intervenus dans l'état des lieux, tels que réunion de parcelles, construction de maisons, ouverture de nouvelles voies de communication. Toutefois il y avait eu de rares actes de passage. Les juges du fait les écartèrent en les qualifiant d'actes de pure tolérance, insuffisants pour la conservation du droit de passage. Cette

(1) Pardessus, t. II, p. 163, n° 308. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 253, n° 367.

décision fut confirmée par la cour de cassation, par la raison que c'était une appréciation souveraine qui échappait à sa censure (1). L'arrêt est pour le moins mal rédigé. D'abord la question de savoir quel doit être le caractère des actes d'usage allégués pour prouver la conservation de la servitude n'est pas une question de fait, c'est une question de droit, comme le dit très-bien Pardessus. La possession pour conserver doit-elle avoir les mêmes caractères que la possession pour acquérir? Telle était la difficulté : elle gît en droit et non en fait. On pouvait soutenir, dans l'espèce, que la servitude était éteinte comme devenue tout à fait inutile, et que quelques actes de simple tolérance ne prouvaient pas qu'elle existât encore. L'objection se rattache à l'article 703. Quand on invoque le non-usage pendant trente ans, on suppose que la servitude existe encore de droit; dès lors l'usage qui en est fait est l'exercice d'un droit, et comment l'exercice d'un droit serait-il un acte de pure tolérance? Cela est contradictoire dans les termes.

Du principe qu'un acte matériel suffit pour conserver la servitude suit que le simple fait du non-usage suffit aussi pour qu'elle s'éteigne, bien que la négligence ne vienne pas du propriétaire du fonds dominant. C'est un usufruitier ou un fermier qui néglige d'exercer la servitude de passage; s'il ne passe pas pendant trente ans, la servitude sera éteinte. On pourrait objecter que la présomption de renonciation sur laquelle repose l'extinction par le non-usage fait défaut; que le propriétaire perdra son droit, non parce qu'il entend y renoncer, mais par la négligence et la faute de ceux qui occupent le fonds. Il n'y a qu'une chose à répondre à l'objection, mais la réponse est péremptoire, c'est le texte; il n'exige que le fait matériel du non-usage, et il ne subordonne pas l'extinction à la volonté de renoncer; c'est la doctrine qui a donné cette explication, mais une explication doctrinale n'est pas une condition légale. Cela est décisif (2).

(1) Arrêt de rejet du 23 juillet 1860 (Daloz, 1861, 1, 111). Pardessus, t. II, p. 144, n° 302.

(2) Pardessus, t. II, p. 160, n° 307. Duranton, t. V, p. 674, n° 684. Demolombe, t. XII, p. 534, n° 995.

**310.** Pothier dit que l'acte contraire à la servitude continue, sur lequel la prescription extinctive est fondée, doit réunir les conditions générales de toute possession : il faut, dit-il, qu'il ait été fait *nec vi, nec clam, nec precario*. Par exemple, mon fonds est grevé de la servitude de prospect, qui m'interdit de faire des constructions et des plantations. Je plante des arbres qui nuisent à la beauté de la vue; mais je donne une promesse par écrit de ne les conserver que tant que le propriétaire du fonds dominant voudra le souffrir; la servitude ne sera pas éteinte, quoique les plantations aient subsisté pendant trente ans. Mon billet, dit Pothier, rend ce fait précaire à l'égard du fonds dominant (1). Au premier abord, on pourrait croire qu'il y a contradiction entre la doctrine de Pothier, concernant les servitudes continues, et l'opinion générale que nous venons d'énoncer en ce qui concerne la conservation des servitudes discontinues. Pourvu qu'il y ait un acte quelconque de possession, avons-nous dit, il y a usage de la servitude et la prescription ne court pas. Tandis que pour les servitudes continues, nous exigeons avec Pothier que l'acte contraire à la servitude soit un acte public, non entaché de précarité ni de violence. Il y a une raison de cette différence. Celui qui use d'une servitude de passage exerce un droit, ce qui exclut toute pensée de violence et de précarité. Mais celui qui plante sur son fonds en reconnaissant qu'il le fait par tolérance, ne fait pas un acte contraire au droit du propriétaire de l'héritage dominant; loin de là, son billet est un nouvel aveu de la servitude; la reconnaissance de la servitude enlève à la plantation le caractère qu'elle aurait sans l'aveu; mise en rapport avec cet aveu, la plantation n'est plus un acte contraire à la servitude, donc il ne saurait y avoir de prescription.

**311.** Faut-il que l'acte contraire à la servitude ait été accompli par le propriétaire du fonds grevé? La loi ne l'exige pas, ce qui décide la question. L'article 707 dit : *s'il a été fait un acte contraire à la servitude. Il suffit*

(1) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n° 20. Demolombe, t. XII, p. 558, n° 1007.