

324. Les articles 709 et 710 supposent qu'il y a indivision. Après le partage du fonds dominant, il y a autant de servitudes qu'il y a de parties divisées; chacune de ces servitudes se conservera et s'éteindra d'après le droit commun, sans que l'un des propriétaires partiels puisse invoquer ni la jouissance ni la minorité d'un autre propriétaire. Sur ce point il n'y a aucun doute (1).

N° 5. PRESCRIPTION DU MODE DE LA SERVITUDE.

I. *Principe.*

325. L'article 708 dit que « le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même et de la même manière. » Cette disposition, placée dans la section qui traite de l'extinction des servitudes, semble ne s'appliquer qu'au cas où un mode plus avantageux d'exercer la servitude s'éteint par le non-usage, quand le propriétaire du fonds dominant use d'un mode moins avantageux. L'inverse peut se présenter : celui qui ne pouvait user que d'un mode peu avantageux en vertu de son titre, use d'un mode plus avantageux; ce nouveau mode s'acquerra-t-il par la prescription (2)? Lorsque la servitude est discontinuée, la question ne peut pas même être posée. Mon titre me donne le droit de passer à pied seulement; je passe pendant trente ans à cheval, en voiture : aurai-je acquis ce mode plus avantageux par la prescription? Non; car les servitudes discontinuées ne peuvent pas s'acquérir par la prescription; or, le mode fait partie de la servitude, et les raisons qui ont fait rejeter la prescription des servitudes discontinuées s'appliquent aussi au mode de les exercer. Je n'ai que le droit de passer à pied, mon voisin me permet de passer à cheval ou en voiture; il est plus que probable que c'est par tolérance, par relations de bon voisinage. Je ne puis pas plus me prévaloir d'une possession pareille pour étendre une servitude que pour l'acquérir.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 106 et note 22, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 254, n° 369. Demolombe, t. XII, p. 237, n° 784.

Il en est autrement quand la servitude est continue. La servitude même pouvant s'acquérir par la possession, il en doit être de même du mode de l'exercer. Cela va sans dire quand la servitude a été acquise par la prescription. J'ai prescrit une servitude de vue en possédant pendant trente ans deux fenêtres. Mon voisin peut s'opposer à ce que j'en ouvre une troisième; mais si j'en ouvre une et si mon voisin la laisse subsister pendant trente ans, j'aurai acquis par la prescription le droit d'avoir une troisième fenêtre. En effet, pendant ces trente ans, j'aurais pu acquérir le droit d'en ouvrir une troisième. Lorsque le mode de la servitude est établi par titre, cela n'empêche pas d'acquérir un mode plus avantageux par la prescription, toujours par la même raison : c'est que, pouvant acquérir la servitude même par la possession, je puis acquérir aussi par la possession un mode plus avantageux de l'exercer. On objecte que c'est là prescrire contre son titre, ce qui ne se peut d'après la disposition de l'article 2240. Nous sommes étonné de trouver cette objection dans l'ouvrage de Demante, et de voir qu'il y insiste. Dunod y a déjà répondu sous l'ancien droit en remarquant que, dans l'espèce, on possède et on prescrit au delà de son titre, ce que les principes les plus élémentaires permettent. D'ailleurs on n'a qu'à lire l'article 2240 et les dispositions qui précèdent pour se convaincre que l'adage invoqué par Demante ne concerne que les possesseurs précaires. Nous en avons déjà fait la remarque. Si nous la répétons, c'est qu'un de nos bons auteurs s'est laissé égarer par une objection qui devrait tout au plus embarrasser des élèves (1).

326. Le mode des servitudes se prescrit encore en ce sens qu'elles peuvent être réduites, restreintes par la prescription extinctive. Il n'en était pas ainsi en droit romain; on conservait toute la servitude, quand même on n'usait pas de tout le droit. Celui qui avait usé d'un chemin plus étroit que ne le portait le titre, conservait néanmoins tout

(1) Demante, t. II, p. 662, n° 567 bis I.

son droit, tel que la concession l'établissait (1). Pothier reproduit la doctrine romaine. « Le propriétaire du fonds dominant, dit-il, quoiqu'il n'ait fait qu'une partie de ce que son droit de servitude lui donnait droit de faire dans le fonds servant, n'en conserve pas moins son droit dans toute son intégrité (2). » Domat, au contraire, enseigne que les servitudes sont réduites par la prescription à ce qui en est conservé par la possession pendant le temps requis pour prescrire. Chose singulière, il appuie cette décision sur une loi romaine; il suffit de la lire pour se convaincre qu'il s'est trompé (3). Les auteurs du code ont suivi Domat. Est-ce parce qu'ils trouvaient son opinion plus rationnelle, ou parce qu'ils croyaient que c'était la doctrine traditionnelle? Nous l'ignorons. Toujours est-il que voilà un principe nouveau qui s'est introduit dans le code par suite de l'interprétation erronée d'une loi romaine. Ducaurroy dit que le système romain était beaucoup plus simple que le système français qui donne lieu à beaucoup de difficultés. Il faut dire plus, à notre avis : le principe romain est plus juridique et même plus équitable. On ne stipule pas les servitudes par fractions, on les stipule pour le tout; donc on ne peut pas les perdre par fractions, on les conserve pour le tout ou on les perd pour le tout. N'est-il pas plus équitable qu'on les conserve pour le tout, alors qu'on en use d'une manière quelconque? Les servitudes sont établies pour l'utilité du fonds dominant; si cette utilité n'exige pas que j'use de tout mon droit, pourquoi veut-on m'y contraindre sous peine de le perdre partiellement? Le mode, après tout, est un droit et non une obligation : ne dois-je pas être libre d'user de mon droit comme je l'entends et comme l'utilité de mon fonds l'exige?

Que le principe nouveau soit ou non équitable et juste, il est consacré par la loi, et il faut l'accepter avec toutes ses conséquences. Est-ce toujours là ce que les interprètes ont fait? C'est ce que nous allons voir.

(1) Dupret, *De la modification des servitudes par la prescription* (*Revue de droit français et étranger*, 1843, t. III, p. 821 et suiv.).

(2) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n° 18.

(3) Domat, *Des lois civiles*, livre I, titre XII, section VI, n° 5. Comparez Dupret, dans la *Revue*, p. 822.

II. Application.

327. La prescription du mode des servitudes est tantôt acquisitive, tantôt extinctive; dans une seule et même espèce, le mode ancien peut s'éteindre, tandis qu'il est douteux que le nouveau mode ait été acquis. De là les difficultés. Ecartons d'abord une première hypothèse dans laquelle il n'y a aucun doute : on n'a pas usé du tout de la servitude à laquelle on avait droit, on a usé d'une autre servitude qui est discontinuée. Dans ce cas, il y a plus qu'extinction du mode, il y a extinction de la servitude, par le non-usage pendant trente ans, sans que la nouvelle servitude que l'on a exercée soit acquise; car, étant discontinuée, elle ne peut s'acquérir par la prescription. Pothier en donne un exemple remarquable. J'ai le droit de puiser de l'eau au puits de mon voisin et par conséquent de passer sur son fonds; je passe sur l'héritage servant pendant trente ans sans puiser de l'eau. Dans ce cas, j'ai perdu par le non-usage le droit de puiser de l'eau, et je n'ai pas acquis la servitude de passage, servitude tout autre, qui ne s'acquiert pas par la possession, et qui de plus est éteinte comme accessoire de la servitude principale de puisage. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

328. Lorsque le mode seul de la servitude est en cause, il faut distinguer si la servitude est continue ou discontinuée. Est-elle continue, l'application de l'article 708 se fait facilement. J'ai grevé mon fonds de la servitude de ne pas bâtir; j'éleve une construction sur une partie du fonds, et mon voisin la laisse subsister pendant trente ans; la servitude sera éteinte pour partie et conservée pour partie, elle ne grèvera plus que la partie non bâtie du fonds servant. J'ai le droit d'ouvrir trois fenêtres dans mon mur; je n'en ouvre que deux; j'aurai perdu par le non-usage le droit d'ouvrir une troisième fenêtre; le mode de la servitude sera restreint par la prescription extinctive. En est-il

(1) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n° 18. Demante, t. II, p. 661, n° 567. Demolombe, t. XII, p. 576, n° 1024.

de même si le titre me donne le droit d'ouvrir autant de fenêtres que je voudrai et que j'en ouvre deux : ne puis-je plus en ouvrir de nouvelles après trente ans à partir de la date de mon titre? Les avis sont partagés. Il nous semble que dans cette hypothèse il ne peut être question de restreindre le mode par la prescription ; car le mode n'est pas fixé, limité, et en n'ouvrant que deux fenêtres, on ne peut pas dire que je le fixe ; le titre abandonne tout à ma volonté ; or, la volonté est changeante, donc le mode aussi sera changeant. On objecte que je ne conserve le droit d'augmenter le nombre de fenêtres que pendant trente ans à partir du jour où j'ai ouvert les premières. Cette interprétation de la volonté des parties nous semble très-arbitraire, elle restreint un droit qui, d'après leur intention, n'admet aucune restriction. Dira-t-on que, dans cette opinion, le mode ne se prescrira jamais, tandis que la loi veut qu'il se prescrive? Nous répondons qu'il y a des droits qui sont imprescriptibles, on les appelle droits de pure faculté, parce qu'on en peut user ou n'en pas user suivant ses convenances. Or, dans l'espèce, mon titre me donne un droit qui varie d'un jour à l'autre d'après mes goûts ; il n'y a pas là de base à la prescription (1).

329. Les servitudes discontinues s'éteignent par la prescription, elles ne peuvent ni s'acquérir ni s'étendre par cette voie. De là une difficulté sur laquelle les meilleurs auteurs sont partagés. J'ai le droit de passer à pied, à cheval ou avec voiture ; pendant trente ans je ne passe qu'à pied. Il y a une opinion rigoureuse qui décide que j'ai perdu le droit que j'avais de passer à cheval ou en voiture. Nous croyons que cette opinion a pour elle la lettre et l'esprit de la loi. Le titre me donne trois modes d'user de mon droit ; je n'exerce que l'un, donc je ne conserve que celui-là ; quant aux autres, n'en ayant pas usé, ils sont éteints par prescription. Car le mode s'éteint par la prescription, et dans l'espèce le mode a été restreint par une possession restreinte. Dupret a combattu cette opinion, qui avant lui était généralement suivie ; et d'excel-

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XII, p. 531, n° 994.

lents esprits se sont rangés à sa manière de voir. N'est-ce pas reproduire la doctrine romaine? Celui, dit-on, qui use de la servitude dans la mesure de ses besoins et de ses convenances la conserve intégralement, bien qu'il n'ait pas fait tout ce qu'il était autorisé à faire. C'est précisément le principe romain que les auteurs du code ont rejeté. Ce qui paraît avoir décidé Dupret à admettre l'interprétation qu'il donne à l'article 708, ce sont les conséquences absurdes auxquelles conduit l'application littérale de la loi. Tout raisonnement, dit-il, est vicieux lorsqu'il aboutit à des conséquences dont quelques-unes au moins sont inadmissibles (1). Le raisonnement, oui, mais l'interprétation d'une loi, non. Dans l'espèce, les auteurs du code civil ont posé un principe qu'ils croyaient vrai et qui se trouve faux. Un principe faux doit conduire à des conséquences qu'il est difficile d'admettre. Est-ce une raison pour rejeter les conséquences? Qu'on y prenne garde, ce serait rejeter le principe ou l'altérer ; ce que l'interprète ne peut jamais faire, car ce serait faire la loi.

330. Les auteurs qui ont adopté l'interprétation plus large de l'article 708, admettent cependant une restriction. Ce qui les a portés à se rapprocher du principe romain, c'est que le maître du fonds dominant doit jouir d'une certaine liberté d'action, en usant de son droit selon les besoins de son héritage. Mais si celui qui avait le droit de passer à cheval ou en voiture a passé à pied, parce que le chemin a été restreint et est devenu impraticable pour chevaux et voitures, on ne peut plus dire qu'il a exercé tout son droit, il a subi et souffert une restriction, donc il y aura extinction du droit de passer à cheval ou en voiture. De même, je veux passer, à cheval ou en voiture ; le propriétaire du fonds servant s'y oppose ; si je m'arrête devant cette opposition, on rentre encore dans le principe général, tel qu'il est formulé par l'article 708, le mode le plus avantageux de la servitude sera éteint, parce qu'on n'en a pas usé.

(1) Dupret, dans la *Revue de droit français et étranger*, 1846, t. III, p. 823 et suiv. Aubry et Rau, t. III, p. 108 et note 25, et les auteurs en sens divers qui y sont cités.

331. L'endroit par lequel une servitude s'exerce concerne aussi le mode; donc, à la rigueur, il faudrait appliquer le principe de l'article 708. J'ai le droit de passer sur telle partie de votre fonds, et pendant plus de trente ans je passe sur la partie opposée. Quel sera l'effet de cette possession sur mon droit? Il est certain que je n'ai pas acquis par la prescription le nouveau mode, puisque la servitude est discontinuée. Mais on peut soutenir que l'ancien est prescrit, puisque je n'en ai pas usé. La conséquence est grave, c'est une de celles devant lesquelles Dupret a reculé, et à sa suite d'excellents jurisconsultes. Cependant le raisonnement est logique; ce n'est pas la raison qui a tort, c'est la loi; or, le premier devoir de l'interprète, c'est de respecter la loi. Ici encore les partisans d'une interprétation plus équitable font une concession à la rigueur des principes; ils distinguent si l'assignation de l'endroit par lequel la servitude doit s'exercer est limitative ou démonstrative; dans le premier cas, ils admettent que la servitude même s'éteint, puisque en réalité on n'en a pas usé, et la nouvelle n'est pas acquise, puisque la servitude est discontinuée (1). La distinction est arbitraire et prête à l'arbitraire; le plus souvent les parties se bornent à indiquer l'endroit, sans que l'on puisse savoir si c'est dans un sens restrictif ou non: il en résulte que l'interprétation que le juge donnera à la volonté des parties aura pour effet de maintenir la servitude ou de l'éteindre. Si l'on pouvait consulter l'intention des parties, on arriverait à un principe bien différent de celui de l'article 708: le mode est toujours quelque chose d'accidentel, et comment ce qui est accidentel peut-il influencer sur le maintien ou l'extinction de la servitude? En définitive, c'est le principe de la loi qui est mauvais; les uns l'acceptent avec toutes ses conséquences, les autres reculent. Voilà pourquoi ces controverses sont insolubles.

La jurisprudence a consacré l'interprétation la plus équitable; nous nous bornons à la constater. Après avoir entendu le droit strict, nous allons entendre l'équité. La

(1) Demolombe, t. XII, p. 587, n° 1031. Aubry et Rau, t. III, p. 109 et note 28.

cour de cassation pose le principe en ces termes: « Il est bien vrai que la servitude de passage ne pouvant s'acquérir que par titre, le mode d'exercice de la servitude doit toujours être en relation de conformité avec le titre qui la constitue. » Voilà un principe qui, appliqué logiquement, ruinerait la doctrine que nous combattons, malgré nous. Mais la jurisprudence ne connaît pas de règle absolue. La cour ajoute que le principe s'applique au cas où le titre mentionne *taxativement* le point de l'héritage servant par lequel doit se pratiquer le passage; la servitude, étant limitée et circonscrite dans son mode d'action, peut s'éteindre par le non-usage pendant trente ans, sans que l'usage même trentenaire soit efficace pour conquérir légalement le droit de passage par un autre point du fonds assujéti, puisque ce passage nouveau ne serait plus conforme au titre. Mais, continue la cour, la situation change lorsque le titre concède la servitude dans des termes généraux qui n'impliquent pas son exercice sur une partie spéciale du fonds servant; dans ce dernier cas, le titre est obéi, même après que l'assiette de la servitude a changé (1). Reste à savoir quand la mention de l'endroit est taxative, quand elle ne l'est pas; question de fait que les juges décideront d'après l'intention des parties, ce qui leur donne le moyen de maintenir toujours la servitude. Nous n'y verrions pas grand mal, si ce n'était l'article 708, que l'on interprète si bien qu'on l'efface du code.

Les décisions des cours d'appel sont d'une incontestable équité. Dans une espèce jugée par la cour de Caen, l'endroit par lequel le passage avait été exercé contrairement au titre était moins onéreux pour le fonds servant parce que le chemin était moins long (2). La rigueur du droit eût demandé que la servitude fût déclarée éteinte. Ainsi le propriétaire du fonds dominant aurait perdu son droit pour avoir ménagé le fonds assujéti, pour avoir rendu un service à son voisin! Voilà une rigueur que les tribunaux ne sanctionneront jamais; c'est le législateur qui a eu tort

(1) Arrêt de rejet du 6 décembre 1864 (Daloz, 1865, 1, 26).

(2) Caen, 24 juillet 1865 (Daloz, 1866, 2, 190). Comparez Liège, 13 avril 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 244).

d'établir un principe dont l'application est impossible.

332. Il y a une dernière difficulté dans cette difficile matière. Le tribunal décide que l'assignation de l'endroit n'était pas taxative; il maintient la servitude; mais par où s'exercera-t-elle? Grand est l'embarras des partisans d'une interprétation équitable de l'article 708. L'ancien mode est éteint par le non-usage; le nouveau n'est pas acquis. On reviendra à l'assignation primitive dit l'un : de quel droit, puisqu'elle est éteinte? Dupret donne le choix au propriétaire du fonds servant : de quel droit? M. Demolombe trouve plus simple de maintenir le nouveau mode : un nouveau mode acquis par la possession, alors qu'il s'agit d'une servitude discontinuée! On voit combien il est vrai de dire que lorsqu'on s'écarte de la rigueur du droit, on fait la loi, et chacun la fait naturellement à sa guise. Il n'y a pas de mode légal d'exercer la servitude, et il faut cependant que l'on en trouve un! La seule voie légale, nous semble-t-il, pour sortir de cette impasse, est que les parties demandent au juge un règlement de la servitude, car elles se trouvent dans la même position où elles seraient si le titre avait gardé le silence sur l'endroit par lequel la servitude doit s'exercer : le juge décidera.

§ IV. *Des causes d'extinction non prévues par la section IV.*

№ 1. EXPIRATION DU TEMPS. RÉVOCATION. RÉVOCATION.

333. Il y a des causes d'extinction qui ne sont pas prévues par la section IV; elles découlent du droit commun. L'article 617 dit que l'usufruit s'éteint par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé. Au titre des *Servitudes*, la loi ne mentionne pas cette cause d'extinction. C'est que l'usufruit est temporaire de son essence; tandis que la perpétuité est de la nature des servitudes, comme nous l'avons dit ailleurs (1). Mais la perpétuité n'étant pas un caractère essentiel des servitudes, rien n'empêche de les stipuler à temps. Le code lui-même établit une servitude

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 182. n° 154.

temporaire, c'est le passage en cas d'enclave (n° 110). De même, les parties pourraient convenir que la servitude est limitée à la durée de la vie du propriétaire actuel de l'héritage dominant. Au premier abord, il semble qu'une clause pareille serait contraire à l'article 686 qui défend d'imposer une servitude en faveur de la personne; mais, bien que viagère, la servitude est constituée en faveur du fonds. On pourrait même limiter la servitude au temps pendant lequel le propriétaire du fonds dominant en conservera la propriété. La seule chose que la loi défende, c'est de stipuler les servitudes au profit de la personne. Enfin les parties peuvent permettre au propriétaire du fonds servant le rachat de la charge qui grève son fonds; il faut pour cela une clause expresse; car de droit commun les servitudes ne sont pas rachetables (1).

334. La propriété, quoique perpétuelle de sa nature, est parfois révocable, résoluble, annulable. Il en est de même des droits réels. On applique aux servitudes ce que nous avons dit au titre de la *Propriété* et au titre de l'*Usufruit* (2).

335. Le code dit que ceux qui n'ont sur un immeuble que des droits résolubles ou rescindables ne peuvent consentir qu'une hypothèque sujette à résolution ou à rescision. Cela est de droit commun : on ne peut pas concéder à d'autres plus de droits que l'on n'en a soi-même (3).

№ 2. DE LA RENONCIATION.

336. Chacun pouvant renoncer aux droits établis en sa faveur, il va sans dire que le propriétaire de l'héritage dominant peut renoncer à la servitude établie au profit de son fonds (comparez art. 622). La renonciation peut, en principe, être expresse ou tacite, à moins que la loi ne fasse de la renonciation un acte solennel. C'est ce que nous

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 64 et notes 17 et 18, et les autorités qui y sont citées.

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 139-148, n° 104-113 et le tome VII, p. 105, n° 87.

(3) Voyez ce que nous avons dit au titre de l'*Usufruit*, t. VII, p. 105, n° 88.